

**Tratamiento judicial en Colombia a los desmovilizados de la guerrilla reclutados en la  
niñez o adolescencia**

Efrén Duque Londoño

Director

José Alpiniano García-Muñoz, Ph.D

Universidad Católica de Colombia

Facultad de Derecho

Maestría en Ciencia Política

Bogotá D.C., 2020

## **Dedicatoria**

Dedicatoria especial a las víctimas del conflicto armado, pero sobre todo: a los niños sacrificados en vida ...

## **Agradecimientos**

Presento un especial saludo de agradecimiento a la Universidad Católica de Colombia, al Director de este trabajo por su paciencia y por la sabia guía que me orientó a culminar exitosamente este trabajo; a mi familia por soportar tantas horas de ausencia.



## Atribución-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the license. [Advertencia.](#)

### Usted es libre de:

**Compartir** — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

**Adaptar** — remezclar, transformar y construir a partir del material

La licenciente no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

### Bajo los siguientes términos:



**Atribución** — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciente.



**NoComercial** — Usted no puede hacer uso del material con [propósitos comerciales](#).

**No hay restricciones adicionales** — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

### Avisos:

[No tiene que cumplir con la licencia para elementos del material en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una excepción o limitación aplicable.](#)

No se dan garantías. La licencia podría no darle todos los permisos que necesita para el uso que tenga previsto. Por ejemplo, otros derechos como [publicidad, privacidad, o derechos morales](#) pueden limitar la forma en que utilice el material.

**Resumen**

Este trabajo obedece a una investigación básica de carácter documental, y descriptiva-exploratoria, mediante la cual se concluirá que respecto a los miembros de los grupos armados ilegales que fueron víctimas de reclutamiento forzado desde su niñez, deben implementarse lineamientos de política criminal diferentes. El sometimiento al sistema judicial colombiano significa someterlos a juicios de responsabilidad que implican una revictimización, situación que va en contra de los postulados mínimos del Estado Social de Derecho.

**Palabras clave**

Niños, víctimas, conflicto armado, responsabilidad, resocialización

**Abstract**

This work follows a basic documentary and descriptive-exploratory investigation, through which it will be concluded that concerning the members of illegal armed groups who were victims of forced recruitment since childhood, different criminal policy guidelines should be implemented. Submission to the Colombian judicial system means submitting them to liability trials that imply revictimization, a situation that goes against the minimum postulates of the Social State of Law.

**Key words**

Children, victims, armed conflict, criminal responsibility, resocialization

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>10</b>
<b>EL MENOR DE EDAD Y EL RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO .....</b>	<b>10</b>
1.1.    EI CONCEPTO DE “MENOR DE EDAD” EN COLOMBIA.....	11
1.2.    RÉGIMEN PENAL APLICABLE AL MENOR INFRACTOR EN COLOMBIA .....	15
1.3.    RÉGIMEN PENAL APLICABLE AL MENOR PERTENECIENTE A LOS GAOML. ..	22
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>43</b>
<b>TEORÍA DEL DELITO Y FINES DE LA PENA .....</b>	<b>43</b>
2.1. EL TIPO DE INJUSTO.....	50
2.2. LA CULPABILIDAD .....	56
2.3. LA PUNIBILIDAD. FUNCIONES Y FINES DE LA PENA .....	65
<b>CAPÍTULO III. ....</b>	<b>78</b>
<b>NO PUNIBILIDAD: ENTRE LA CRIMINOLOGÍA Y EL PERDÓN.....</b>	<b>78</b>
3.1.    INMUNIDAD PENAL Y PAZ.....	81
3.2.    PERDÓN, PUNIBILIDAD Y ORDEN POLÍTICO.....	91
3.3.    UN PROCESO DE PAZ INCOMPLETO .....	103
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>114</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>116</b>

## INTRODUCCIÓN

Al revisar el contenido del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, pactado entre el gobierno del Presidente Juan Manuel Santos y la cúpula de las FARC a finales del año 2016, se observa que en él, a pesar de hacer amplia y reiterativa alusión a las víctimas del conflicto armado, de la especial connotación que en esta población tienen los niños, niñas y adolescentes, nada se menciona respecto a los niños víctimas directas de esta agrupación, por haber sido reclutados desde su niñez temprana en esta organización, y por haberles cercenado casi la totalidad de sus derechos, dejando en pie tan solo, el de la vida –si estando en estas condiciones puede así llamársele-, haber sido privados del entorno familiar y social al que pertenecían, haberles negado la oportunidad de asistir a la escuela, de jugar, de reír, de ser simplemente eso: niños.

Además de no haberlos siquiera mencionado como víctimas de esta triste condición, tampoco se hizo alusión alguna al tratamiento que estos deberían de recibir por parte de las autoridades colombianas una vez se desmovilizaran; bien es sabido que todos ellos, desde su más temprana edad en esta clase de organizaciones al margen de la ley, cometen variedad de conductas que la ley penal castiga: homicidios, terrorismo, extorsión, secuestro, hurto, abigeato, destrucción de bienes públicos y de utilidad social, etc. etc. etc., quedando así en el mejor de los casos, bajo el régimen que regula el Código de la Infancia y la Adolescencia, en virtud del cual se les da un tratamiento judicial a los menores y adolescentes entre los 14 y los 18 años de edad, pero una vez cumplida la mayoría de edad no se tiene consideración alguna, siendo consecuentemente tratados como mayores de edad que han cometido una conducta que siendo típica y antijurídica, se analiza su culpabilidad sin que se tomen en cuenta razonamientos

distintos a los que ofrece el código penal para cualquier ciudadano en normalidad de condiciones, estando claro como está, que los derechos del menor encuentran respaldo de orden constitucional y abundante desarrollo legal –inclusive en un leve alusión del código punitivo-, pareciera que se trata de letra muerta que no tiene significancia alguna, pues ha de decirse que en la extensa, despaciosa y discutida redacción del texto del acuerdo final, habiendo participado guerrilleros de variado nivel, representantes de las víctimas, miembros del gobierno en sus distintos niveles, fuerzas militares, policía nacional, representantes de diversas comunidades y de ONGs solo para citar algunos, nada quedó escrito frente a esta realidad que subyace a la dinámica del legendario conflicto armado colombiano, se trata de un tema por decir lo menos inexplorado; poco se ha dicho al respecto; con este trabajo se pretende hacer un llamado de atención a la comunidad en general, dejar una voz de alerta para que para que la sociedad no continúe abandonando a su suerte a estas personas, exponer un punto de vista con la esperanza que sirva, al menos, como punto de partida en reflexiones que en el futuro próximo se realicen para tratar tan trascendente asunto.

El tema fue elegido ya que para su autor como miembro activo de las Fuerzas Militares por más de treinta años, ha recibido información de fuentes fidedignas, que le han permitido observar tanto en la capacitación formal como no formal de Derechos Humanos, su participación activa en cargos públicos relacionados con el tema, así como su formación y experiencia en el área de Justicia Penal Militar por más de trece años, como en el marco del conflicto armado se encuentran en condición de víctimas primarias de esta confrontación, niños que solamente fueron llorados por sus padres –en el mejor de los casos-, víctimas de un reclutamiento forzado al que muy poca atención se le prestó al momento de definir su responsabilidad judicial por hacer lo que desde temprana edad les fue enseñado, a cometer



conductas típicas y antijurídicas que el código punitivo castiga por cumplir además el presupuesto de la culpabilidad, sin que toda esa historia de dolor, de adoctrinamiento forzado y permanente, de cosificación para la guerra sea tenido en cuenta, por estos motivos se planteó este trabajo de investigación, para poner sobre la mesa un asunto que debe ser tratado en el más alto nivel, comoquiera que se trata de la vida y suerte de las víctimas más desprotegidas en todo el sistema de justicia que nuestra sociedad funciona.

Para lograr este acometido, se realizó una labor de investigación teórica o dogmática, para determinar inicialmente el estado en el que se encontraban las cosas, los marcos teóricos, dogmáticos y prácticos que en la constitución política, en las leyes, en las reglamentaciones, y en la práctica social y política que las instituciones públicas y privadas tenían al respecto; para ello se consultaron fuentes principalmente documentales, se realizó un trabajo exploratorio, plasmando la situación actual, y sentando las bases para una investigación futura; finalmente se expone una conclusión argumentativa, que permite conocer el punto de vista del autor, frente a la realidad que constituye el tema particular de investigación.

Inicialmente se explica el concepto del menor de edad en nuestro país partiendo de una descripción histórica, identificando el régimen legal penal a ellos aplicables, con base en las leyes actualmente vigentes en nuestro país; en una segunda parte se hace una breve explicación metódica de la dogmática con la cual hoy día se estructura la teoría del delito, explicando de forma muy somera en qué consiste el tipo de injusto penal, así como los presupuestos de la culpabilidad como último factor necesario para determinar la existencia de una conducta punible, para finalmente realizar algunas precisiones sobre la punibilidad. En un tercer y final capítulo, se esboza y estructura la idea principal del presente trabajo, explorando posibilidades para que la opción de no punibilidad o inmunidad penal sea aplicada a esta población de víctimas

del conflicto armado, se hará una breve referencia al perdón como uno de los medios viables – tal vez sine qua non- para que tal situación se consolide, y en el apartado final se realizará una crítica al proceso de paz previo al acuerdo final, del cual se dirá es un proceso de paz incompleto al no considerar este tema con la importancia debida, sin haberlo siquiera mencionado como de relevante significado para el futuro de nuestra sociedad.

## **CAPÍTULO I.**

### **EL MENOR DE EDAD Y EL RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO**

Partiendo de la base de que los niños y adolescentes reclutados por los grupos armados al margen de la ley, bien sea por el uso de la fuerza o porque por su propia “voluntad” han decidido incorporarse a las filas de estas organizaciones, se debe tener en cuenta que, siendo un fenómeno social con el que estamos familiarizados, siendo testigos de primera fila de la realidad que se vive en los campos y en las ciudades, y que ocupan los primeros planos de todos los medios de comunicación, se hace necesario establecer cuál es la realidad jurídica que cubre a estos menores de edad que forman parte de estas organizaciones armadas, tanto subversivas como de cualquier otro orden al margen de la ley, para ello se realiza este trabajo, con el fin de conocer régimen legal que les debe ser aplicado, ya que se observa notoriamente que existen tratos que riñen con los principios de solidaridad y justicia, conceptos pregonados desde los mismos prolegómenos de la Constitución Política de Colombia.

Para arribar a la conclusión planteada, en primer lugar se hará una breve referencia al concepto de menor de edad en la legislación colombiana, para así determinar qué debe entenderse por infante, por niño y por adolescente, en segundo lugar se determinará cuál es el régimen legal que en Colombia se aplica al menor que infringe las disposiciones penales en la cotidianidad de los centros urbanos o rurales, y finalmente se establecerá cuál el régimen aplicable a los menores que son puestos a órdenes de las autoridades cuando militan o forman parte activa de estas organizaciones criminales que los han involucrado de manera forzada en el conflicto armado colombiano o en las actividades delictuales de esta clase de grupos armados.

### 1.1. EL CONCEPTO DE “MENOR DE EDAD” EN COLOMBIA

Por variados medios de comunicación es observada a diario la forma en que los menores de edad, y particularmente los niños de distintas edades han sido utilizados en la guerra; guerra entendida en un sentido general y abstracto, que implica la confrontación armada entre dos o más fuerzas beligerantes o no, con algún nivel de importancia en el destino de una nación o un pueblo. En no pocos casos, se encuentra documentado el reclutamiento de niños desde muy temprana edad, que incluso se aproxima a los escasos siete años (Human Rights Watch, 2003), que se ven obligados a hacer uso de las armas, en causas propias o ajenas con todas las implicaciones que ello comporta.

Como se explica en detalle más adelante, existen en la historia variadas concepciones respecto a la definición de menor en el Derecho Internacional Público; haciendo referencia a lo que frente al tema regulan los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, ratificación que hace que estos sean incorporados a la Constitución Política de Colombia en virtud del concepto de Bloque de Constitucionalidad. En efecto, nuestra Carta Política no está conformada solamente por el articulado básico de la misma, los actos legislativos y la interpretación jurisprudencial que con frecuencia realiza nuestra Corte Constitucional; según lo ha manifestado esta alta corporación:

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.” (Corte Constitucional, 1995)

Respecto a los derechos de los niños, esta misma sentencia, el alto tribunal al referirse particularmente a la especial protección de la que son titulares los niños en nuestro país dijo:

“La Corte considera que esa protección especial a los niños armoniza plenamente con la Constitución, puesto que no sólo ellos se encuentran en situación de debilidad manifiesta (CP art. 13) frente a los conflictos armados sino que, además, la Carta confiere prevalencia a los derechos de los niños (CP art. 44).” (Corte Constitucional, 1995)

Poco antes de la promulgación de nuestra Carta Política actual, particularmente el 20 de noviembre de 1989, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos del Niño, convención que fue ratificada por nuestro país por medio de la ley 12 de 1991; leído su texto, se puede observar que este instrumento busca resaltar la protección que todo menor debe tener principalmente por su natural estado de indefensión, y realza que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales (Asamblea General de Naciones Unidas, 1989), “No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien depende la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana” (Cumbre Mundial en favor de la infancia, 1990)

Ya en el cuerpo de nuestra Constitución, se da a los niños el carácter constitucional de personas sujetos de derechos, personas en desarrollo que son el futuro de la sociedad, y en este sentido se incorporaron de manera expresa los derechos de los niños en el artículo 44, cuando en su tenor literal dice que:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia (...) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores

(...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Si bien es cierto este artículo 44 constitucional hace referencia a los “niños” como sujetos de derechos fundamentales, esta acepción no puede entenderse restrictiva y enmarcada solo al concepto de niños que diferencia el código civil de 1873 en su artículo 34 (que se verá más adelante) sino que debe entenderse como que hace referencia a todos los menores de edad, dijo la Corte que esta uso del sustantivo “niños”, se utilizó “ (...) para referirse a los derechos fundamentales de que son titulares todos los menores de edad, sin que con ello se entienda que hace alusión a la distinción prevista en el artículo 34 del Código Civil” (Sentencia C-069, 2016, pág. 55) y este artículo constitucional debe leerse e interpretarse en concordancia con el artículo 45 del mismo instrumento superior normativo que establece como derechos de los adolescentes los de la protección y la formación integral y que “El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991); esta norma se articula con los dos artículos inmediatamente anteriores, ya que como se anotó, el artículo 44 protege al menor como miembro del núcleo familiar, y en el 43 se da plena protección a la mujer gestante, con lo cual se materializa la protección del Estado desde la concepción misma de la vida humana. Vale igualmente mencionar, que en el artículo 67 que refiere al derecho a la educación, se establece que “El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Teniendo en cuenta que en este texto superior no se regula lo pertinente a la edad que debe ser tenida en cuenta para efectos de determinar si se está frente a un niño, un adolescente, un menor, un menor adulto, etc. se parte de mencionar que en el artículo 98 que regula el tema de la ciudadanía y quién tiene derecho a ella, que por contera puede entenderse como la mayoría de edad, se establece que la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años, salvo que la ley no decida cosa distinta. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

El artículo 34 del Código Civil colombiano, establece que “Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”. (Congreso de Colombia, 1873). Esta mayoría de edad de 21 años, estuvo vigente en nuestro país hasta la expedición de la ley 27 de 1977, ya que con ella se redujo este parámetro de 21 a 18 años y para todos los efectos legales; en esta corta norma, el primero de sus artículos estableció que “Para todos los efectos legales “Llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años” (Congreso de Colombia, 1977). Esta mayoría de edad de 18 años, si bien es cierto no se encuentra establecida por nuestra Carta Política, si está particularmente referida en ella, cuando al referirse en los artículos 96 al 98 a la nacionalidad y a la ciudadanía menciona en el párrafo de este artículo 98 que: “Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Concordante con lo anterior, la ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia- en su artículo 3 establece que “Se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años de edad, y por adolescentes las personas entre 12 y 18 años de edad”. (Congreso de la República de Colombia, 2006), por su parte la ley 1306 de 2009 en el inciso primero de su párrafo único del artículo 53, estableció que “Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el artículo 3o del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de ese estatuto”. (Congreso de la República de Colombia, 2009).

Teniendo en cuenta la expresa mención que esta ley 1306 realiza respecto del artículo 3º. del Código de Infancia y Adolescencia, debe entonces concluirse, que con la expedición de este código en nuestro país, se establecieron las definiciones, parámetros y criterios que deben ser tenidos en cuenta, respecto a las edades que deben ser consideradas para cada una de las etapas de las personas que no han adquirido su mayoría de edad; hasta el momento puede deducirse, que quien no tiene 18 años de edad cumplidos, es menor de edad para todos los efectos legales.

## **1.2.RÉGIMEN PENAL APLICABLE AL MENOR INFRACTOR EN COLOMBIA**

Colombia no ha sido ajena a la tendencia universal de preservar, proteger, garantizar y promover los derechos del niño; como ya se anotó, desde la Constitución Política de 1991 se elevó a rango constitucional este conjunto de garantías para niños, niñas y adolescentes, al paso que con la ley 12 de 1991, se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño expedida por las Naciones Unidas; con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia por medio de la ley 1098 de 2006 como ya igualmente se expresó, se materializó, además de las obligaciones inherentes al Estrado, la “corresponsabilidad de la sociedad y de la familia para que se procuren las condiciones materiales y espirituales necesarias para que todos los niños, niñas y adolescentes en Colombia puedan vivir su niñez como personas íntegras, dignas y felices” (UNICEF, 2007).

Este Código de la infancia y la adolescencia que reemplazó al desactualizado Código del Menor que recogía el Decreto 2737 de 1989, ofrece un marco legal ampliamente generoso en cuanto a garantías para la población de niños, niñas y adolescentes de nuestro país; según (Linares Cantillo, 2007) en su investigación para la versión comentada del Código de infancia y Adolescencia, el proyecto de ley finalmente aprobado, tuvo su soporte basal en cuatro tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia como lo fueron el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana de Derechos Humanos y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como también, se fundamentó en ocho instrumentos internacionales que hacían particular referencia a los derechos humanos de la niñez igualmente incorporados a nuestra legislación, se trata entonces de una normativa cuidadosamente elaborada fruto de varios intentos legislativos y suficientemente fundamentada en cánones internacionales de primer orden como se acaba de anotar; es un código estricta y exhaustivamente claro en definir los derechos y garantías que corresponden a los niños y adolescentes, que si bien es cierto resalta por su carácter extremada pero necesariamente garantista y protector, ha encontrado matices en la opinión pública, comoquiera que en algunas ocasiones se ofrece como una legislación con mecanismos demasiado laxos y permisivos, razón por la cual sus detractores le achacan ser la causa de



impunidad, aumento de la criminalidad y, en algunos casos, de patrocinar la utilización de los niños y adolescentes por individuos u organizaciones criminales, ante el eventual y casi seguro tratamiento benévolo que el articulado de la mentada ley les confiere a quienes usan para sus fines criminales, en desmedro de los más elementales derechos del ser humano. Una de estas opiniones la ofreció el columnista Andrés Fernando Ruiz, quien en su artículo “Salidas al lío de la justicia penal para menores en Colombia” dijo “El reclutamiento de menores de edad se vuelve una práctica cada vez más común en la criminalidad organizada, incluso cuando se trata de delitos de bajo impacto, justamente por la laxitud de su sistema de juzgamiento” (Ruiz, 2018)

El menor de edad, principalmente en su etapa de adolescencia ha sido tratado de diversas formas; para el Código del Menor de 1989 ya referido, en su artículo 165 estableció que “Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable el menor de dieciocho (18) años” (Presidencia de la República de Colombia, 1989) y para el Código Penal de 1980 en sus artículos 31 y 33, era inimputable aquel que “en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental”, y le serían aplicables “las medidas de seguridad establecidas en este Código” (Ministerio de Justicia, 1980).

Frente al tema de la eventual posibilidad de procesar penalmente a los adolescentes, la Corte Constitucional, haciendo referencia a su sentencia anterior C-578 de 2002 dijo:

“los menores, que son tanto los niños como los adolescentes, se consideran inimputables frente a la ley penal, hasta los dieciocho (18) años, es decir, que no pueden ser declarados responsables de un hecho punible ni sometidos a medida o sanción penal como consecuencia de su realización, sino protegidos y educados de acuerdo con su situación personal o socio familiar” (Sentencia de Constitucionalidad, 2005).

En ese mismo sentido estableció, que cuando se tratare de niños y adolescentes los destinatarios de la ley penal, tendrían que estar sometidos a la responsabilidad penal, siempre y cuando fueran mayores de 12 años (hoy 14) y menores de 18 años, pero al amparo de reglas muy especiales de procedimiento, en lo que definió la Corte como “Admisibilidad de la responsabilidad penal de menores, sujeta a los principios de especificidad y de diferenciación,

y orientada por una finalidad educativa, rehabilitadora y protectora”. (Sentencia Constitucional, 2005).

Con la expedición del Código de la Infancia y Adolescencia, se instituyó la investigación y el juzgamiento de los mayores de 14 años y menores de 18 años de edad en nuestro país; debe resaltarse nuevamente que el artículo 33 del Código Penal Común, estableció que **“Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”**. (negritas propias). (Congreso de la República de Colombia, 2000).

Pero es que no solamente este texto legal se encarga de regular los sistemas de protección y trato especial al menor, desde su mismo nacimiento hasta que adquiere la mayoría de edad; variadas son las normas que ofrecen esta clase de regulación legal, y que recogen lineamientos de carácter internacional, legislaciones que han tenido un paulatino desarrollo y que se “concreta en el seno de la Sociedad de Naciones y posteriormente en la Organización de las Naciones Unidas” (Gómez-Urrutia, 1999). como las expedidas por la Organización de Naciones Unidas, la OEA, el CICR entre otras, que muestran el alto grado de interés que representa para el derecho internacional y el interno, de proteger el presente y el futuro de los niños, buscando que tengan las posibilidades reales de existir en entornos seguros, confortables y sobre todo, con garantía de acceso a la totalidad de derechos que la legislación y la sociedad debe permitirles.

Son dos las Declaraciones que han influido notablemente en este cambio: la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, de 24 de septiembre de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Ambas Declaraciones constituyen los antecedentes inmediatos y más importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada también por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. (Gómez-Urrutia, 1999)

Una de las normas bases para desarrollar el entorno legal en nuestro país, lo constituye la Convención sobre los Derechos de los Niños y las Niñas de la Asamblea General de las Naciones Unidas en Asamblea del 20 de noviembre de 1989, y ratificado posteriormente por el Congreso de la República de Colombia mediante la ley 12 del 22 de enero de 1991. (ICBF, 2010). Ya con la expedición de la ley 1098 de 2006, expedida fundamentalmente para la garantía de los derechos y la atención integral a los niños y adolescentes, se materializó la

tendencia que el país tenía de elevar a rango de ley especial esta clase de garantías, los mismos Consejos Nacionales de Política Económica y Social de años anteriores, habían trazado el camino por que se llegaría a esta realidad tal como se consignó en párrafos anteriores; con el Código de Infancia y Adolescencia se logró consolidar en un solo texto legal un sistema de protección real y efectivo, y es por esto que, además de establecer de manera detallada los derechos y libertades de los destinatarios de la norma, establece quiénes tienen la responsabilidad y el deber legal de garantizarlos, las medidas de restablecimiento, y dedica un aparte importante al manejo del tema de la responsabilidad penal pero solamente de los adolescentes, es decir que no considera que los menores que aun estén en condición de niñez deban responder ante autoridad judicial alguna por su conducta, es decir, que el comportamiento que genere conductas que podrían representar interés al derecho penal, solamente es considerado como tal si se trata de menores entre los 14 y los 18 años, tal como lo regula el artículo 139 de la mencionada norma.

Recapitulando un poco, son entonces dos los espectros que deben ser analizados para contextualizar de una manera concreta, el tratamiento que las autoridades dan a los menores que se consideran infractores de la ley, o al menos que se encuentran imputados o les es endilgada alguna conducta descrita en la ley como punible; por una parte, lo que establecen las leyes colombianas en materia de las conductas que, de ordinario, son cometidas por menores en nuestro país, es decir, en todos aquellos casos en los que opera el Código de Infancia y Adolescencia, que establece el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, en concordancia con lo que en la materia regulen las leyes penales ordinarias, y por otra parte, las regulaciones que en este campo fueron establecidas en los comúnmente llamados Acuerdos de Paz, en los que se dedicaron algunos acápite al tema de los menores de edad que salieran de las FARC EP en virtud de este acuerdo, y que, si bien es cierto ofrecen un trato completamente distinto al establecido en el ya aludido código, no establece el trato que se le debe dar a aquellas personas excombatientes que fueron incorporadas a filas de las FARC EP siendo menores de edad, y particularmente teniendo la condición de niños, dejando este último aspecto sin relevancia legal, que al momento de la desmovilización, captura, entrega voluntaria o salida de filas, ya se trate de una persona que goce de su mayoría de edad.

Desmenuzando un poco el Código de Infancia y Adolescencia Colombiano, se puede observar que su libro segundo establece el Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delito; allí se define este sistema como los “principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible...” (Congreso de la República de Colombia, 2006). De su lectura puede colegirse, que las normas ordinarias, las que aplican para la totalidad de los ciudadanos del país en materia penal, no les son aplicables, sino que, por el contrario, en este código encuentran una legislación especialmente diseñada para su tratamiento judicial, y para este caso particular, para cuando el menor de edad ha cometido objetivamente una conducta que el código penal ordinario ha establecido como delito.

Al leer el contenido del libro segundo de este código de Infancia y Adolescencia, se observan enunciados los principios rectores, resaltando entre ellos las siguientes disposiciones:

“Los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente ley se aplicarán en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes. Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible. (...) Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta

punible guarde relación con la discapacidad”. (Congreso de la República de Colombia, 2006).

Bien podría decirse que entre la pena y la medida de seguridad existen diferencias radicales para nuestro sistema penal; resulta suficientemente claro que las medidas de seguridad son impuestas a los inimputables mayores de edad que cometen delitos, pero hay rasgos suficientemente distintos entre ellas. JUAN SOTOMAYOR dijo al respecto:

“...La pena se determina conforme a la importancia del bien lesionado, la gravedad de la lesión y la culpabilidad del autor y, dentro de los términos que la ley establece, el juez fija la duración de la misma. En cambio, las medidas de seguridad se determinan en la ley conforme a su fin y su duración puede ser indefinida, ya que ésta depende del resultado obtenido con respecto al fin perseguido: la medida cesa cuando se logra la resocialización, la enmienda o la inocuización del delincuente...” (Sotomayor Acosta, 1996, pág. 97)

Respecto de los niños y niñas que no alcanzan la edad para tener la calidad de adolescentes, es decir, para quienes tienen menos de 14 años de edad, la misma norma en su artículo 143 establece:

“Cuando una persona menor de catorce (14) años incurra en la comisión de un delito sólo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa. (...) Si un niño o niña o un adolescente menor de catorce (14) años es sorprendido en flagrancia por una autoridad de policía, esta lo pondrá inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia a disposición de las autoridades competentes de protección y restablecimiento de derechos. Si es un particular quien lo sorprende, deberá ponerlo de inmediato a disposición de la autoridad policial para que esta proceda en la misma forma. (...) Cuando del resultado de una investigación o juicio surjan serias evidencias de la concurrencia de un niño o niña o un adolescente menor de catorce (14) años en la comisión de un delito, se remitirá copia de lo pertinente a las autoridades competentes de protección y restablecimiento de

derechos. (...) El ICBF establecerá los lineamientos técnicos para los programas especiales de protección y restablecimiento de derechos, destinados a la atención de los niños, niñas o adolescentes menores de catorce (14) años que han cometido delitos”. (Congreso de la República de Colombia, 2006)

Debe igualmente resaltarse, que en caso de duda respecto de la edad del infractor de la ley penal, es decir duda de si es o no menor de edad, esta última se presumirá hasta tanto la autoridad correspondiente lo determine, también se prohíben los acuerdos entre la Fiscalía y la defensa, así como el juzgamiento en ausencia, figura muy común en los procedimientos penales ordinarios, las decisiones que en estos procedimientos especiales se produzcan, no serán tenidas como antecedentes judiciales y la excepcionalidad de la privación de la libertad que solo procede para adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, y vista como una medida pedagógica, según el mandato de los artículos 157, 158, 159 y 161 de la norma en cita.

Si bien es cierto los padres o representantes legales del menor deben ser llamados para que respondan solidariamente por los daños patrimoniales o responsabilidad civil ocasionada con la conducta penal investigada, en materia de responsabilidad penal para quienes hayan sido en este sentido declarados penalmente responsables, les serán aplicables unas sanciones allí establecidas, como son **la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicio a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semicerrado y la privación de la libertad en centro de atención especializado**. A forma de complemento necesario, a renglón seguido este código establece, que las sanciones allí establecidas se deben cumplir en programas o centros de atención especializados los que deberán acogerse a los lineamientos técnicos que para cada sanción defina el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Como se puede observar, en materia de tratamiento judicial penal a los menores de edad infractores de las normas del derecho punitivo, se observa un panorama bastante garantista y adecuado a los fines más nobles que una sociedad moderna puede anhelar, en lo que respecta a esta clase de conductas cometidas por quienes no han cumplido la mayoría de edad o aún tienen la condición de niños. En el siguiente apartado, se analizará la regulación legal que se encuentra

en nuestro país respecto del menor desmovilizado de grupos armados al margen de la ley y particularmente de las FARC.

### **1.3. RÉGIMEN PENAL APLICABLE AL MENOR PERTENECIENTE A LOS GAOML.**

Para iniciar con este capítulo de especial interés en este trabajo, es indispensable definir con precisión en qué consisten los grupos armados organizados al margen de la ley; si bien es cierto existen algunas discusiones entre cuáles son los tipos, cantidad, características y denominación de los grupos armados que deben ser reconocidos como tal, se acude a una fuente oficial que ofrece para el caso un concepto uniforme y par ser tenido en cuenta en las discusiones que frente al tema se susciten; a este efecto, se verificó en la página de la Agencia Nacional para la Reincorporación y la Normalización, donde se encuentra la siguiente definición de estas agrupaciones, conocidas comúnmente y como serán referidas en este trabajo como GAOML:

“Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley aquel grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. (Agencia para la Reincorporación y la Normalización, s.f.)

El fenómeno social y jurídico de la comisión de delitos tanto políticos como comunes por parte de menores que forman parte de las organizaciones armadas al margen de la ley, es un asunto que no ha sido pacífico en los distintos estrados de las organizaciones internacionales, las autoridades políticas internas y los mismos estrados judiciales de nuestro país, que abarcan desde el mismo inspector de policía o juez promiscuo municipal, hasta las altas corporaciones judiciales como por ejemplo la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el mismo Consejo de Estado, se citan a manera de ejemplo las sentencias C-096 de 2016 de la Corte Constitucional y Sentencia 248 de 2018 del Consejo de Estado.

Es completamente conocido que los grupos subversivos colombianos tienen como política y práctica común el reclutamiento forzado de menores a sus filas, no solamente para permearlos de sus ideales políticos y de las actividades de combate que ello puede admitirse implica, sino también para que sean los autores de variedad de conductas delictivas -delitos comunes- tanto conexos como no conexos a los delitos políticos inherentes a tal actividad, como son las actividades de extorsión, el narcotráfico, el secuestro, los crímenes sexuales, los abortos inducidos, el mismo reclutamiento forzado de otros menores y el homicidio en persona protegida entre otra gran variedad de delitos. Esta práctica de común ocurrencia en nuestro país, principalmente por la falta de presencia del Estado, es decir de sus autoridades a nivel regional, y esencialmente en el sector rural, aunado a la falta de implementación o de efectividad de políticas públicas de inversión en lo social que atienda de manera particular a los menores de todas estas zonas alejadas de los centros urbanos importantes, hace que esta población sea blanco fácil de las organizaciones armadas al margen de la ley y grupos criminales de distinto orden, siendo que en no pocos casos, los mismos niños y adolescentes ven cómo la pertenencia a una de estas agrupaciones armadas ilegales, les representa la forma de llenar vacíos que no encuentran en sus familias, en sus comunidades y en sus puntos de convivencia en general, dando como resultado que aun sin el consentimiento de sus padres, un porcentaje de ellos haya decidido por su propia voz, y voluntad, adherirse a ellos, casi siempre por la falsa impresión de poder o autoridad que el uso de las armas representa.

“... muchos de los menores de edad que se encuentran vinculados a los grupos armados ilegales llegan a ellos para huir de la realidad que viven en sus casas y comunidades, la idea de tener poder o dinero los lleva a formar parte de estos grupos, renunciando a la vida en familia y en comunidad solo para aceptar las órdenes impartidas por sus comandantes o superiores, reconociendo que la única familia que aceptan es a sus compañeros de armas”. (Acosta Galvis, Gabrysch, Góngora, & Diaz, 2007)

Para representar de manera numérica el fenómeno del reclutamiento de menores en el conflicto armado, se trae a texto algunas cifras dadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su página web, cifras que informan que desde que el programa de atención a menores desvinculados del conflicto armado, para finales de enero de 2020 se habían atendido



casi 6800 niños, respecto a las cifras que arrojó el año 2019 en esta materia, el documento menciona:

“En 2019 ingresaron al programa especializado de desvinculados 180 menores de edad, mientras que en 2019 la cifra alcanzó los 196 niños, niñas y adolescentes. Durante el primer mes de 2020 ya ingresaron 11 menores de edad (...) Los grupos armados al margen de la ley que reclutaron a los niños, niñas y adolescentes que ingresaron al programa desde 1.999 son las FARC con 3.879, ELN con 1.278, las AUC con 1.054 y otros grupos armados organizados con 606 menores de edad. El 83% se ha desvinculado de forma voluntaria y el 17% ha sido recuperado por las Fuerzas Militares (...) En el histórico del programa las diez regiones del país con las mayores cifras de reclutamiento, según lo manifestado por los niños, niñas y adolescentes desvinculados son: Antioquia con 802, Caquetá con 488, Meta 467, Cauca 453, Chocó 402, Nariño 388 y Tolima 316.” (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2020)

También se encuentra documentado que, en efecto, para muchos menores e incluso para los mayores de edad que figuran como los responsables de estos menores ante las autoridades, la sociedad y la ley, el hecho de formar parte de organizaciones como las FARC, les dan, además de formación en las tácticas de la guerra, una especie de forma de sobresalir ante los demás niños y adolescentes de su centro rural. “Por eso, desde su inicio las FARC estuvieron integradas por jóvenes familiarizados con la lucha armada y con pleno conocimiento sobre las posibilidades que le brindaba su entrada al grupo, formación guerrera, cultural y política” (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2017); en este documento, titulado “Una guerra sin edad” se cita el siguiente aparte que llama a la reflexión:

“En las estribaciones de la cordillera central un campesino (...) llegó con un joven de 15 años. (...) me dice: Este muchacho y yo hemos decidido que él se va con ustedes, (...). Recordé en seguida (...) que era hermano de un guerrillero muerto (...), - Por qué causa te vas con nosotros? –le pregunté –. La explicación (...): Quiero ser hombre respetado y querido por todos como mi hermano. Él sabía muchas cosas que explicaba en las reuniones que hacía por estas veredas. Decía que las había aprendido de los comunistas. (Trujillo, 1974)

En términos de la UNICEF, “la vinculación de niños y niñas a los grupos armados ilegales es un fenómeno importante en el país, aunque no se sabe con certeza cuántos niños, niñas y adolescentes hacen parte de ellos” (UNICEF, 2007) es una situación que resulta por lo menos preocupante, ya que las cifras constituyen un factor de vital importancia a la hora de realizar un diagnóstico o determinar un plan de acción determinado, sin embargo, la misma entidad en un informe sobre la situación de la infancia en el que se presentó un panorama respecto de esta población en el marco del conflicto armado de nuestro país, dijo:

“Los niños se ven afectados de manera particular por las Minas Antipersonal (APL), las Municiones Sin Explotar (UXO) y los Artefactos Explosivos Improvisados (IED), el reclutamiento y utilización por parte de los grupos armados, la violencia sexual asociada al conflicto, el desplazamiento interno, y el confinamiento/carencia de asistencia humanitaria. (UNICEF, s.f.)

Para el año 2012, habían por lo menos 14.000 niños soldado en Colombia, teniendo en cuenta que “grupos (...) como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y otras bandas emergentes integradas por paramilitares desmovilizados explotan a menores para sus fines” (El Espectador, 2012); a los ojos de la ciudadanía nacional y extranjera, es común ver noticias e informes a diario, en los que se da cuenta del uso y abuso de los menores en la guerra por parte de estos grupos armados ilegales. Tampoco resulta extraño leer en los medios impresos de nuestro país, que en Colombia “Hay 184 municipios de alto riesgo para los niños, La consejera para los DD HH, Nancy Patricia Gutiérrez, alerta sobre el reclutamiento de menores” (RCN Radio, 2020), o también “Pandemia no ha frenado el reclutamiento forzado de menores de edad. Advertencia porque niños siguen siendo llevados a la guerra. También se están reclutando migrantes” (El Tiempo, 2020) o que “Durante un operativo, las autoridades rescataron a tres menores de edad que habían sido reclutados por el Clan de Golfo en Ayapel, Córdoba”. (Fiscalía General de la Nación, 2020) Resulta de extrema facilidad observar en las filas de los grupos guerrilleros y en general de las organizaciones armadas al margen de la ley, gran cantidad de niños y adolescentes portando armas y realizando cantidad de actividades, que pasan desde el combate directo, hasta tareas logísticas, de inteligencia y hasta de orden sexual; este fenómeno es de igual forma muy visible en otras organizaciones armadas no institucionales

y bandas criminales, grupos de los llamados paramilitares, grupos de extorsión, bandas dedicadas al narcotráfico etc. según (Springer, 2012): “las niñas son usadas para hacer inteligencia e infiltrar al enemigo, para el mantenimiento de las comunicaciones, la alimentación, el almacenamiento y transporte de armas y explosivos, de precursores químicos para el procesamiento de narcóticos, la servidumbre y explotación sexual, etc.”

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que tiene a cargo la misión institucional de velar por esta población, haciendo referencia a datos estadísticos recolectados del Programa de Atención especializada para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas del reclutamiento ilícito que se han desvinculado de Grupos Organizados al Margen de la Ley (GAOML), ha precisado que el número de niños, niñas y adolescentes que han ingresado a este programa, en análisis comparativo de los primeros semestres de los años 2000 a 2017, presentó su índice más alto en el primer semestre de 2004 con un total de 315 menores, desde el año 2009 en adelante, hasta el año 2017, el índice más alto se presentó precisamente en el año 2017 cuando fueron inscritos en el programa un total de 184 menores, cifra que presenta un aumento de 80 jóvenes, (que equivale al 81% de aumento respecto del primer semestre del año 2016 que presentó un total de 104 menores vinculados al programa), población dentro de la cual, 30 menores provenían de población afrodescendiente, 40 de población indígena y 114 que no presentaban pertenencia étnica (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2017) de estas cifras puede concluirse, que un porcentaje cercano al 40% corresponde a poblaciones que tradicionalmente gozan de mayor protección por las razones que todo el país conoce, son poblaciones que cotidianamente atraviesan condiciones de vulnerabilidad como son los afrocolombianos de apartadas regiones del país, así como los miembros de los núcleos de población indígena.

Según cifras del año 2002, “El Ejército Nacional ha informado que en 2001 murieron, huyeron o se entregaron, 101 menores de edad, 33 mujeres y 68 hombres entre 9 y 17 años de edad. Del total de desmovilizados en Colombia en el año 2000, el 48% eran menores de 18 años” (Oficina de Área para Colombia y Venezuela, 2002)

Mucho es lo que se ha discutido a nivel internacional y mucho lo que se ha tratado a nivel interno; respecto de las normas que regulan la materia del reclutamiento ilícito, debe

decirse que un nutrido conjunto de pactos, declaraciones, conferencias, leyes, decretos y como no, la jurisprudencia, prohíben la participación activa de los niños en estas actividades propias de los conflictos armados cualquiera que sea su índole; la ley 12 de 1992, con la cual se aprobó la Convención sobre los Derechos Del Niño, en la que sus norma que sus artículos 38 y 39 establecieron que los Estados deben asegurar las medidas para garantizar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado y que dichas medidas deben promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño que desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 ya se encontraba establecida. La ley 418 de 1997 prohibió a estas organizaciones armadas ilegales la incorporación de menores de 18 años, y estipuló que en caso de hacerlo quedarían excluidas de los beneficios legales que allí se establecían; la ley 599 de 2000 en su artículo 162 estableció como delito el reclutamiento ilícito de menores, la ley 833 de 2003 aprobó el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; el decreto presidencial 128 de 2003 estableció los beneficios y el proceso de reincorporación a la vida civil y la protección y atención de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de las organizaciones armadas al margen de la ley; la ley de víctimas o ley 1448 de 2011 que estableció variedad de preferencia y estipulaciones en aras de la protección y restitución de derechos de los menores participantes del conflicto armado, todo ello sin contar la variedad de sentencias de orden constitucional principalmente, en las que se hace referencia y en algunas ocasiones reglamentan algunos aspectos propios de esta materia, así como también en no pocas veces, amplían el marco de protección por vía interpretativa de los derechos de esta protegida población frente al conflicto armado.

Todo esto ha sido posible en parte, gracias a las mismas normas del Derecho Internacional Público que se han ido incorporando a nuestra legislación en virtud del Bloque de Constitucionalidad anteriormente expuesto, Colombia ha ido adquiriendo serios compromisos en materia de velar por la no participación de los niños en el conflicto armado interno, así como en garantizar el rescate de estos menores y la restitución de sus derechos junto a su reincorporación al seno de sus familias o a la sociedad en condiciones sanas, seguras y de natural convivencia, compromisos como el de cumplir y hacer que se cumplan las normas de DIH en lo relacionado con los niños, la garantía de no permitir que menores de 15 años participen

activamente en los conflictos armados y la abstención de incorporar a menores de esta edad a sus fuerzas regulares, entre otros compromisos. (Asamblea General de Naciones Unidas, 1989). Si bien es cierto este corto margen de edad de 15 años riñe con las normas que internamente tiene nuestro país al tener establecida la mayoría de edad en los 18 años y la prohibición de involucrar a menores en el conflicto armado es por consiguiente para menores de 18 años y no de 15 como lo legislan las normas internacionales, dicha normativa supranacional no se considera contrariada por las leyes que ha expedido nuestro país, ya que todas ellas resultan aún más garantistas que las mismas regulaciones internacionales, ya que al establecer el límite de 18 años como mínimo para participar en los conflictos armados, se dejaba una barrera mucho más alta y se protegía de mejor forma los derechos no solo de los niños, sino también de los adolescentes en nuestro país.

En efecto, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada mediante la ley 12 de 1991, regula en su artículo 38 que los “Estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1989) y que, igualmente, deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que quienes no alcancen ese mínimo de edad participen en las hostilidades; Colombia en su espíritu garantista ha ido mucho más allá, con la expedición de la ley 48 de 1993, norma que regula la obligatoriedad de prestación del servicio militar a la Nación, estableciendo que “Todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento (Congreso de la República de Colombia, 1993); esta ley fue reglamentada por el Ministerio de Defensa Nacional mediante el Decreto 2048 de 1993, estableciendo para el caso de quienes aún no hayan culminado sus estudios de bachillerato, que “Las Secretarías de Educación (...) elaboren los listados correspondientes a los alumnos de grado once, con destino al Distrito Militar de su jurisdicción (...), para efectos de la inscripción y definición de la situación militar” (Ministerio de Defensa Nacional, 1993)

Este es el marco legal que impone a las Fuerzas Armadas regulares del país, la obligación de acatar estos requisitos y procedimientos legales, sujetándose no solo a las normas internacionales sino a la normatividad interna, y no permitiendo en ese sentido, que menores de edad presten el servicio militar obligatorio; siguiendo esta misma línea normativa, será posible

ingresar a las escuelas de formación de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública siendo menor de edad, pero solamente previendo que para la fecha de ascenso al primer grado militar o fecha de ingreso al escalafón militar o policial, ya tengan cumplidos los 18 años de edad, ya que solo desde este momento se considera militar o policía propiamente dicho, siendo que con anterioridad y en su condición de estudiante, solo es un aspirante ser oficial o suboficial de carrera.

Pero comoquiera que se presentaba una aparente contradicción de rango constitucional entre dos normas del mismo nivel y en la que la norma internacional que entraba a formar parte del Bloque de Constitucionalidad entraba evidentemente en pugna con las normas del derecho interno colombiano, al establecer el mínimo de 15 años como edad permitida para participar en el conflicto sin ser visto como prohibido por las normas internacionales, y la edad de 18 años que se tenía establecida en nuestro país, razón por la cual la Corte Constitucional en la referida sentencia C-203 de 2005 dijo, que según los estándares doctrinarios y jurisprudenciales tanto internos como internacionales, el menor debe responder ante la sociedad y el Estado por sus acciones violatorias de la ley, pero bajo estrictos marcos de medidas encaminadas a garantizar su condición de personas bajo protección especial debido a su particular vulnerabilidad. (Sentencia Constitucional, 2005).

Debe aclararse que ante las ambigüedades que generó este corto margen de edad en la normativa internacional en su artículo 38 como recientemente se acotó, la misma Asamblea General de las Naciones Unidas, (Organización de Naciones Unidas, 2000) al expedir el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados, en el que mediante sus artículos tercero y cuarto estableció la edad de 18 años como mínima para utilizar o reclutar menores en hostilidades, este instrumento fue adoptado el 25 de mayo de 2000, y tiene vigencia desde el 12 de febrero de 2002. Por ser de relevante importancia su contenido, a continuación, se transcriben los dos apartes legales:

“Artículo 3. 1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño,

teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial. (...) 5. La obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 4. (...) Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años. 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas. 3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado” (Organización de Naciones Unidas, 2000)

Sin que se haya resumido la totalidad de la fuente jurídica o jurisprudencial que ilustra la materia, resulta ser una clara consecuencia de lo anterior, por ejemplo, el artículo 13 de la ley 418 de 1997, posteriormente derogado por la ley 1861 de 2017 en su artículo 81; en el que se establece la prohibición para que menores de 18 años sean incorporados a prestar servicio militar obligatorio. (Congreso de la República de Colombia, 1997) Así mismo la ley 782 de 2002, por medio de la cual se prorrogó la vigencia de esta ley 418 de 1997 y se modificaron algunas de sus disposiciones, en su artículo 15 instituyó la figura de ser “Víctima de la violencia política”, al establecer:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno. Son víctimas los desplazados en los términos del artículo 1o. de la Ley 387 de 1997. (...) Así mismo, se entiende por víctima de la violencia política toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades.” (Congreso de la República de Colombia, 2002)

Nótese como resulta importante este hito histórico, al reconocer al menor de edad por esa sola condición, y de haber tomado parte en las hostilidades, de considerarlo como víctima de violencia política, no se establece ninguna clase de condicionamiento distinto a los que ofrece la simple lectura de esos dos requisitos, quiere ello decir que un menor con una edad de 17 años por ejemplo que tuviere alguna clase de participación activa en las hostilidades, ya era sujeto de adquirir esta especial condición que por mandato legal le era conferida. Ahora bien, en el código penal común hoy vigente, constituye la materialización final de la penalización de la conducta del reclutamiento forzado de menores bajo el epígrafe de “Reclutamiento Ilícito” que puede leerse en su artículo 162, y que establece que quien en el marco del conflicto armado “(...) reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas” incurrirá en las penas de prisión que allí se establecen. (Congreso de la República de Colombia, 2000).

En todo caso, para la ley colombiana, independientemente que los menores pertenezcan a uno u otro grupo armado al margen de la ley, todos ellos representan parte del conglomerado que enmarca los criterios de niños, niñas y adolescentes que constituyen el foco de atención de este escrito, sin que resulte relevante para este documento, que se tengan en cuenta factores distintos al rango de edad, como lo son el étnico, el cultural o el religioso, siendo lo realmente importante para esta discusión se repite, el que hubieren militado en filas de estas organizaciones, tomando parte directa o indirecta en las hostilidades propiamente dichas, teniendo la condición de niños o adolescentes.

Lo que sí ofrece particular relevancia para el tema en estudio, es referirnos a las políticas que el gobierno nacional ha establecido en materia de tratamiento judicial para el menor de edad que infringe la normativa penal, es decir, para el menor que con su conducta incurre en la comisión -al menos objetiva- de delitos establecidos como tal en el Código Penal Colombiano. A este respecto debe en principio decirse, que la ley 65 de 1993, por medio de la cual se expidió el Código Penitenciario y Carcelario de nuestro país, en su artículo 167, -modificado por el artículo 91 de la ley 1709 de 2014-, creó el Consejo Superior de Política Criminal, estableciéndolo como un organismo colegiado asesor del Gobierno Nacional en la implementación de la política criminal del Estado, a quien le corresponde aprobar el Plan Nacional de Política Criminal que tendrá una vigencia de cuatro años; se encuentra compuesto



por autoridades del más alto nivel de las Ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial y de los entes de control como son el Ministro de Justicia y del Derecho quien funge como su Presidente, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el Fiscal General de la Nación, el Ministro de Educación, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Director General de la Policía Nacional, el Director General de la Agencia Nacional de Inteligencia Colombiana (ANIC), el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), el Director General de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), el Director General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el Director General del Departamento Nacional de Planeación, así como dos (2) Senadores y cuatro (4) Representantes a la Cámara pertenecientes a las Comisiones Primera y Segunda. (Ministerio de Justicia, s.f.)

Debe tenerse presente, que siguiendo lineamientos constitucionales, el aparato judicial colombiano en materia penal particularmente, debe ser la última opción de las autoridades gubernamentales, es decir que debe ser activado solo “cuando otros sistemas se han mostrado insuficientes y a que la privación de la libertad se reserve para los ataques más graves en contra de los bienes jurídicos de mayor importancia, y siempre con carácter excepcional” (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019), con base en ello, en el documento mediante el cual la Ministra de Justicia presenta los lineamientos de política criminal para nuestro país, para que orienten la estructura programática del Plan Nacional de Política Criminal 2019-2022, se presentó un modelo que presenta cinco etapas para el manejo de la criminalidad en Colombia, como son:

Fase cero: Medidas dirigidas a la prevención de comportamientos delictivos.

Criminalización primaria: Definición de conductas que merecen reproche por parte del Estado –sin que necesariamente sea a través del derecho penal-

Criminalización secundaria: Formulación de normas de procedimiento, investigación y judicialización.

Criminalización terciaria: Ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un delito, así como su proceso de resocialización.

Tratamiento pospenitenciario: Atención a la población que ha sido sujeto del derecho penal, con miras a lograr su reinserción en su comunidad. (Observatorio de Criminalidad, 2017)

La política criminal colombiana, vista como el conjunto de acciones establecidas para “hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (Corte Constitucional, 2001) ha sido concebida en el marco social, económico, político y jurídico que puede ofrecer una situación de conflicto armado interno y violencia en muchas zonas, como la que desde hace más de cinco décadas existe en nuestro país, se trata de una situación de violencia interna basada en asuntos sociales, políticos y económicos, y que buena parte de la financiación ilegal pasa por actividades ilícitas como el secuestro, la extorsión y el narcotráfico (Sierra, 2016) razones que tornan imperativo establecer reglas de juego distintas, específicas para la realidad de nuestro país, en la que se conjuguen variedad de factores internos y externos propios a esta problemática, aunados a otros fenómenos de no poca trascendencia, como lo son la corrupción, la práctica indiscriminada del reclutamiento forzado de menores al conflicto por parte de estos grupos armados al margen de la ley, etc.

En la presentación de los lineamientos de la política criminal del Estado, realizada por el Ministerio de Justicia, cuyo titular ejerce en calidad de Presidente del Consejo Superior de Política Criminal como ya se anotó, se dijo que la política criminal del Estado Colombiano debe estar regida por unos principios que permitan su aplicación eficiente, tales como la proporcionalidad, la coherencia, la previsión, la evidencia empírica, la seguridad jurídica, la coordinación multisectorial, la prevención y el fortalecimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, y particularmente la prohibición del derecho penal simbólico y del populismo punitivo, para lo cual dispone, que las iniciativas de modificación de los códigos penal y de procedimiento, en general, así como aquellas que pretenden regular asuntos relacionados con la infancia, deben tener en cuenta los efectos que ello pueda acarrear a este especial sistema. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019). Respecto a los objetivos para el último cuatrienio propuestos, en el documento se expuso que se deben aumentar las capacidades humanas, tecnológicas y de gestión en la administración de justicia penal y del sistema de responsabilidad penal para adolescentes para la atención diferenciada de los delitos según su

impacto; también se acotó, que en el evento de no resultar efectivas las medidas preventivas del sistema, se debe activar el aparato de justicia con algunas particularidades cuando se trate de adolescentes entre los 14 y los 18 años para, en estos casos, tomar una decisión sobre la responsabilidad y las medidas de tipo restaurativo, para lograr los objetivos sancionatorios del sistema. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019)

En materia de política criminal para adolescentes y jóvenes en nuestro país, existe, con dependencia administrativa del Viceministerio de Política Criminal y Justicia Restaurativa y de la Dirección de la Política Criminal y penitenciaria, el Grupo de Política Criminal de Adolescentes y Jóvenes, el cual tiene dentro de sus funciones, las de Coordinar las actividades de apoyo al Director de Política Criminal y Penitenciaria en la articulación de las directrices emanadas del Consejo Superior de Política Criminal en materia de Responsabilidad Penal para Adolescentes y del Sistema Nacional de Coordinación de Responsabilidad Penal para Adolescentes, y en general todas aquellas que se encuentren relacionadas con el tema, entre ellas las de prevención de la criminalidad en esta población, así como el tratamiento que debe darse a ellos en virtud de las políticas que se tengan establecidas en esta particular materia. (Consejo Superior de Política Criminal, s.f.)

En lo que respecta al tratamiento que en nuestro país se le da al menor de edad perteneciente a los grupos armados organizados al margen de la ley GAOML, existen tres documentos legales básicos que conforman la estructura normativa aplicable al caso, en primer lugar se tomará la legislación penal colombiana ordinaria, es decir, la ley 600 de 2000 o Código Penal, el mismo Código de Infancia y Adolescencia al cual acabamos de referirnos en párrafos anteriores, y el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, -en adelante Acuerdos de Paz o simplemente Acuerdos-. En este sentido, se hará una breve reseña de lo que al respecto trata el Código Penal, se omitirá hacer referencia al Código de Infancia y Adolescencia teniendo en cuenta que tales precisiones ya fueron realizadas, y finalmente se dirá lo propio frente lo que al respecto se estableció en los Acuerdos de Paz.

Excepción hecha de los regímenes especiales como el penal militar con sus leyes 522 de 199, 1407 de 2010 y 1765 de 2015 y demás normas concordantes, el régimen penal general o

común aplicable en nuestro país para todos sus habitantes, es la ley 599 de 2000 en su parte general y especial, y las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 en lo que corresponde a lo procedimental; de estas dos normas procedimentales, la primera de ellas instituye el sistema procesal penal de corte inquisitivo y la segunda, el sistema penal oral de corte acusatorio. Revisada esta normatividad general-la de la ley 599 de 2000-, se encuentra que en sus artículos iniciales, particularmente los artículos 14 y 15, se ocupan de los destinatarios de la ley penal en Colombia, en principio bajo los espectros jurídicos de la territorialidad, territorialidad por extensión y extraterritorialidad, donde se establece que la ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones que regule el Derecho Internacional –caso de los agentes diplomáticos-, a quienes cometan delitos a bordo de naves o aeronaves de bandera nacional o explotados por Colombia aunque cualquiera de estos se encuentre fuera del territorio nacional, así como también a cualquier persona en el mundo que cometa delito contra nuestro país en los términos y con las excepciones consagradas en el artículo 16, sin importar que hubieren sido absueltos o condenados en el exterior. (Congreso de la República de Colombia, 2000)

Revisando en detalle este código punitivo, con el ánimo de hallar lo que frente a los menores de edad regula, se encuentra en el artículo 33 lo referente a la inimputabilidad un aparte del siguiente tenor literal:

“(...) Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares (...) No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. (...) Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil” (Congreso de la República de Colombia, 2000)

Tiene un solo significado lo anterior: El régimen penal ordinario colombiano –el contenido en la ley 599 de 2000- no aplica para los menores de edad en Colombia, ya que para ellos rige el Código de la Infancia y la Adolescencia. Si bien es cierto el código data del año 2000, debe tenerse en cuenta que mediante la ley 1098 de 2006, se estableció el código de infancia y adolescencia al cual ya se hizo breve reseña, pero queda completamente claro, que

las regulaciones del Régimen Penal propiamente dicho, no aplican en cuanto a responsabilidad penal a los menores de 18 años; en virtud de las previsiones hechas tanto por la ley 599 de 2000 como por la mencionada ley de 2006; de este código penal se tomarán las normas generales y los principios rectores y los delitos o descripciones típicas propiamente dichas, pero en lo tocante factores de responsabilidad, debe acogerse a lo que indique el código especial del menor. Puede entonces deducirse, que la política criminal de Estado Colombiano no pretende perseguir penalmente al menor infractor de la ley penal, por el contrario, lo que busca es su protección y reubicación en un entorno apropiado y conforme a la ley, sin que se considere siquiera de manera tangencial, que los niños deban ser sometidos a tratamiento penal alguno, solo por el hecho de haber incurrido con su conducta en la comisión de conductas que la ley ha definido como típicas.

Es claro que quienes pertenecen a los grupos armados distintos a los institucionales, tales como las FARC EP, el ELN y otros GAOML, además de estar incursos muchos de ellos por ese solo hecho en el delito de rebelión (en el caso de pertenencia a grupos armados revolucionarios o subversivos), con mucha frecuencia se ven involucrados directa e indirectamente en la comisión de conductas establecidas como punibles de distinta índole, delitos como el homicidio, la extorsión, el mismo reclutamiento de menores, delitos sexuales, porte ilegal de armas, municiones y explosivos, terrorismo, delitos contra la población y los bienes civiles, etc. Según la propia Corte Constitucional, estos menores, en adición a ser separados a muy temprana edad del seno de sus hogares, “se ven expuestos al manejo de armas y explosivos; a la práctica de homicidios y secuestros; al abuso sexual, la tortura y el maltrato, así como a todos los demás aspectos perversos de las hostilidades” (Sentencia C-069, 2016, pág. 62) Por la misma condición de su actividad según les han dicho revolucionaria y de combate de selva contra las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como la búsqueda del financiamiento de la organización, les deja en un constante concurso de delitos que debe ser analizado a las luces de cada situación individualmente hablando.

Partiendo entonces de la base que el mismo código penal común remite el tratamiento penal de los menores infractores de la ley penal a las regulaciones establecidas en el código de la Infancia y la Adolescencia, se puede hacer hincapié en ello diciendo tan solo que para esta población objeto de esta legislación especial, solamente les son aplicables, luego de un procedimiento especialmente instituido, algunas figuras legales que en la mayoría de los casos

no pueden ser tenidas como sanciones penales, sino por el contrario medidas del Estado para garantizar su protección, restitución de derechos y resocialización.

En materia de menores de edad desmovilizados de las GAOML, el mismo código de infancia y adolescencia establece en su artículo 175 que los menores de edad “que se desvinculen de grupos armados al margen de la ley, tendrán que ser remitidos al programa de atención especializada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares” (Congreso de la República de Colombia, 2006). De la lectura de todo el articulado de la norma en cita, no se encuentra alusión alguna que refiera el tratamiento que se le debe dar a los desmovilizados, desvinculados, capturados, puestos a disposición, etc. que siendo mayores de edad, hayan sido incorporados a las filas de la organización al margen de la ley, siendo niños o adolescentes.

Estando claro que las normas de procedimientos especiales mediados por el ICBF, corresponde solamente para quienes ostenten una edad inferior a los 18 años, no puede pasarse por alto que hay otro tema que debe ser comentado, y es el de la posibilidad de juzgar a menores desmovilizados de estos GAOML cuando se trata de imputación de delitos comunes; es comprensible que a esta población se le de un tratamiento legal distinto, ya que estos provienen de actividades completamente fuera de la normalidad que puede observarse en los centros urbanos y rurales; se trata de menores que forman parte de organizaciones completamente estructuradas, que ante todo cuentan con un mando centralizado y que difícilmente actúan *motu proprio*, por lo general cumplen órdenes de cabecillas y líderes criminales, siendo que por regla general, deben ser considerados más como víctimas que como delincuentes; en este sentido, la misma Corte Constitucional, en pronunciamiento del 2005, al tratar la constitucionalidad y viabilidad de juzgar a estos menores, dijo:

“para que el juzgamiento penal de los menores combatientes desmovilizados sea plenamente respetuoso de su status en tanto sujetos de protección jurídica reforzada, es indispensable que el proceso judicial en cuestión (i) se oriente hacia el logro de las finalidades resocializadoras, educativas, protectivas y tutelares que le corresponden a todo juzgamiento penal de menores, (ii) respete y materialice los deberes especiales del Estado en relación con los niños y adolescentes implicados, según se han reseñado en la

presente sentencia, tanto en su calidad de menores infractores, como de menores que han participado en el conflicto armado, y en tanto víctimas del reclutamiento forzoso, y (iii) se desarrolle sin perjuicio de que exista una cercana cooperación entre las autoridades judiciales y las autoridades administrativas del ICBF encargadas de desarrollar el proceso de protección resocializadora, al cual debe ingresar sin excepción todo menor combatiente desmovilizado. Se trata, pues, de dos actuaciones paralelas por parte del Estado frente a estos menores –una de índole administrativa y otra de índole judicial- que convergen en cuanto a sus objetivos y finalidades. Además, se trata de un proceso de juzgamiento que no es idéntico al de los demás menores infractores, sino que aparte de compartir la totalidad de las garantías propias de estas actuaciones, debe estar rodeado de especiales garantías apropiadas a la condición de los menores combatientes desmovilizados (...) En atención a las consideraciones precedentes, la Corte Constitucional concluye que la disposición bajo revisión, la cual consagra una parte del procedimiento a seguir en casos de procesamiento judicial de menores desmovilizados de los grupos armados ilegales, no desconoce la Constitución, en la medida en que su presupuesto lógico –la posibilidad de juzgamiento penal de estos menores de edad- no se encuentra prohibido, sino por el contrario, regulado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional, el derecho laboral internacional, los pronunciamientos del Consejo de Seguridad de la ONU, el derecho constitucional colombiano y las leyes de nuestro país. (Sentencia Constitucional, 2005)

Así las cosas, está claro que para los menores infractores de la ley penal en Colombia, tanto para comisión de delitos cometidos en circunstancias ordinarias, como los cometidos por menores pertenecientes a grupos armados al margen de la ley, pueden y deben ser procesados penalmente bajo las previsiones del Código de Infancia y Adolescencia y sus normas concordantes, es decir, que por expresa remisión de la norma penal común, por el solo hecho de ser menor de edad, no se está eximido de procesamiento del aparato judicial colombiano. A este punto, no se haya trato diferenciado alguno, para quien para el momento del procesamiento es mayor de edad, y ha cometido delitos ya siendo mayor de edad, pero en el marco de las

actividades inherentes al desarrollo del conflicto armado colombiano con todas las implicaciones cotidianas que ello implica.

Habiendo hecho referencia anteriormente al régimen de responsabilidad de los menores en lo que corresponde al Código de Infancia y Adolescencia, resta analizar de manera particular y concreta, lo que frente a esta población especial fue establecido en Los Acuerdos de Paz actualmente vigentes en Colombia y celebrados por ahora con las FARC EP; como el principal objetivo de este escrito, es argumentar el por qué debe darse un tratamiento institucional y social justo y adecuado, camino a la resocialización de miembros de grupos armados no institucionales de Colombia, que fueron reclutados a las filas de sus organizaciones siendo menores de edad; veamos en qué términos los acuerdos de paz regularon este aspecto.

Desde las mismas consideraciones consignadas en el preámbulo del Acuerdo de Paz, además de dejar clara la voluntad de los firmantes de poner fin al conflicto armado entre las fuerzas del orden del Gobierno Nacional y las FARC-EP, documento en el cual se resalta:

“Teniendo presente que el Artículo 22 de la Constitución Política de la República de Colombia impone la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento; que el Artículo 95 afirma que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, entre ellas, propender al logro y mantenimiento de la paz” y destacando a su vez que “la paz ha venido siendo calificada universalmente como un derecho humano superior, y requisito necesario para el ejercicio de todos los demás derechos y deberes de las personas y del ciudadano” (Presidencia de la República, 2017)

Materialización de lo anterior, lo constituye en primer término, el inciso dieciséis en el que se dice que el cuerpo entero de este Acuerdo Final contribuye a “la satisfacción de derechos fundamentales como entre otros los de las víctimas del conflicto a la justicia y la reparación; al derecho de los niños, las niñas y los adolescentes en general y el derecho prevalente de no sufrir la repetición de la tragedia del conflicto armado interno”, así como también menciona que el Acuerdo presta especial atención a las poblaciones y segmentos sociales más vulnerables como son entre otros los niños, las niñas y los adolescentes.

Varios son los apartes de este acuerdo en los que se menciona a los niños, niñas y adolescentes, algunas alusiones y aspectos relevantes son:



- Las transformaciones que habrán de alcanzarse con el acuerdo, deben contribuir a solucionar las causas históricas del conflicto, y particularmente aquellos fenómenos que afectan especialmente a las mujeres, y los niños.
- La terminación de la confrontación armada significará el fin del enorme sufrimiento que ha causado el conflicto, incluyendo a los menores que han sido afectados de una u otra forma a lo largo y ancho del territorio.
- Que el acceso a la tierra debe garantizar la provisión de bienes y servicios públicos que brinden bienestar y buen vivir a la población rural –niñas, niños, mujeres y hombres-
- Que la Política de desarrollo agrario es universal y su ejecución prioriza la población más necesitada y vulnerable y presta especial atención a los derechos de las víctimas del conflicto, de los niños y de las niñas entre otros.

En fin, en variados apartes del Acuerdo Final se encuentran alusiones que hacen referencia a los derechos de los niños y adolescentes en general, de la lectura de su texto integral se observa el papel preponderante que se dio a la niñez y la juventud, entre otros se pretenden garantizar situaciones y derechos como la superación de la pobreza, atención psicosocial, sexual y reproductiva, el mejoramiento de las condiciones para el acceso al sistema educativo, el desarrollo de programas contra el hambre y la desnutrición, entre otros muchos que permiten analizar que en verdad los niños, las niñas y los adolescentes constituyeron una población muy importante a la hora de discutir y plasmar en el documento las decisiones adoptadas.

Pero sin lugar a dudas, el aparte que debe ser resaltado para conocer cuál o cuáles fueron las previsiones concretas que respecto de los niños, niñas y adolescentes fueron tomadas en este Acuerdo Final, lo constituye el contenido del numeral 3.2.2.5. que trata de la reincorporación para los menores de edad que han salido de los campamentos de las FARC EP; si se analiza en qué parte del acuerdo se encuentra este numeral, hallamos que hace parte del acápite correspondiente a la reincorporación de las FARC EP en los ámbitos social, económico y político. En lo tocante a los menores que es nuestro tema de interés, y analizado frente al contexto de este acápite, no se encuentra que se haga alusión alguna a quienes para el momento

del Acuerdo Final, al menos para su desarme y salida de filas, tengan la mayoría de edad, veamos en qué términos se encuentra redactado este párrafo respecto de los menores que salen de filas.

“Los menores de edad que hayan salido de los campamentos de las FARC-EP desde el inicio de las conversaciones de paz, así como los que salgan hasta la finalización del proceso de la dejación de armas, serán objeto de medidas de especial atención y protección que se discutirán en el Consejo Nacional de Reincorporación en el marco de la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación de la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI) y que incluirán los principios orientadores que serán de aplicación a los menores de edad y los lineamientos para el diseño del Programa Especial conforme a lo establecido en el Comunicado Conjunto No. 70 de fecha 15 de mayo de 2016 para garantizar la restitución de sus derechos con enfoque diferencial, priorizándose su acceso a la salud y a la educación. A estos menores de edad se les reconocerán todos los derechos, beneficios y prestaciones establecidos para las víctimas del conflicto, así como los derivados de su proceso de reincorporación en los términos contemplados en este Acuerdo Final y se priorizará su reagrupación familiar cuando ello sea posible, así como su ubicación definitiva en sus comunidades de origen o en otras de similares características, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño. El seguimiento a estos programas se efectuará por el Consejo Nacional de Reincorporación en articulación con las entidades del Estado competentes y con el apoyo de organizaciones sociales o especializadas encargadas de hacer la veeduría en los términos del Comunicado Conjunto No. 70. La elaboración del Programa Especial de Reincorporación para menores deberá realizarse por parte del Consejo Nacional de Reincorporación en un máximo de 15 días a partir de la firma del Acuerdo Final, con base en la propuesta presentada por parte de la mesa técnica creada mediante Comunicado Conjunto No. 70. Una vez aprobado el Programa, el Gobierno Nacional tramitará los ajustes normativos que sean necesarios para garantizar su implementación, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño y el Derecho Internacional Humanitario. (...) el programa deberá garantizar la reincorporación integral del menor y su acompañamiento psicosocial”

Nótese que el margen para quedar incluido en este grupo de menores, es dado por el momento en que el menor salga de los campamentos de las FARC, ya que se establece que los

menores de edad que hayan salido de los campamentos desde el inicio de las conversaciones de paz, así como lo que salgan hasta la finalización del proceso de la dejación de armas; , este rasero resulta en extremo estricto y descarta de tajo una enorme población de miembros de las FARC EP que bien pueden cumplir su mayoría de edad en este interregno de tiempo, o bien la cumplieron unas semanas, meses o algunos años atrás, siendo que lo que realmente importa, es que en su condición de niños, menores o adolescentes hayan sido reclutados a la fuerza para pertenecer a esta organización, y además que tampoco se ha tenido en cuenta como en efecto debe tenerse, que la salida de filas para presentarse ante las autoridades, bien por el Acuerdo Final o bien por alguna otra razón de índole distinta, no depende del miembro de la organización adulto y mucho menos del menor, donde el mero intento de desertión puede ser castigado con la misma muerte.

En materia del tratamiento que ofrece el Acuerdo Final a quienes salen de las filas de las FARC EP en virtud precisamente del Acuerdo, se encuentra que en el acuerdo No. 5, que trata de las víctimas del conflicto armado, ni en el acápite de verdad, ni en el de justicia, ni en el de reparación ni en el de no repetición, se hace referencia alguna a estas víctimas como lo son los que fueron reclutados forzosamente cuando aún eran niños; inicia el acuerdo cinco, refiriendo que en el capítulo se incluyen dos subpuntos, por una parte Los derechos de las víctimas, y por otra: La Verdad. De igual manera menciona como punto de partida el reconocimiento de las víctimas en su condición de ciudadanos con derechos, así como que sus derechos no son negociables, su participación en las decisiones que puedan tomarse, así como obtener su reparación efectiva. Entre todas las problemáticas del conflicto armado, el acuerdo menciona en este quinto acuerdo, el desplazamiento forzado, los cientos de miles de muertos, decenas de miles de desaparecidos y la violencia sexual entre otras y para contribuir a la mitigación de los efectos de estos problemas, se creó el Sistema Integral de Verdad, justicia, reparación y no repetición, sistema dentro del cual encontramos cinco componentes, que a título de mecanismos y medidas, instaure entre otras la Jurisdicción Especial para la Paz, componente que tiene por misión, administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves infracciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; todo en ello en la búsqueda de una respuesta integral a las víctimas, las cuales no pueden entenderse de manera aislada .

Uno de los fines de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, es el de promover el reconocimiento de las víctimas como ciudadanos y ciudadanas que vieron sus derechos vulnerados, siendo una de sus responsabilidades transversalizar un enfoque que permita evidenciar de qué manera el conflicto afectó a los menores de edad.

En términos generales pero concretos, el documento se ocupa en casi todos sus capítulos de resaltar los derechos de los niños y los menores en general afectados por el conflicto armado, pero al momento de materializar acciones específicas para salvaguardar sus derechos por cierto vulnerados por muchos años, nada se dice al respecto, salvo que quienes no tengan mayoría de edad al momento del acuerdo, serán tratados como en tal condición les corresponde.

Con todo lo anterior se concluye, que ni en la legislación ordinaria ni en los acuerdo de paz, existe regulación alguna en la que se trate el tema de la judicialización o procesamiento penal de aquellos adultos, que siendo imputados o imputables de delitos que no tiene la condición de políticos, fueron incorporados a las filas de los grupos organizados al margen de la ley siendo menores a muy temprana edad o en desarrollo de su niñez o adolescencia, siendo así las cosas, en el capítulo siguiente se explican las razones por las cuales no deben ser objeto de la legislación penal para efectos de procesamiento y juicio, en condiciones de normalidad como si se tratase de adultos en normalidad de condiciones.

## **CAPÍTULO II.**

### **TEORÍA DEL DELITO Y FINES DE LA PENA**

Teniendo en cuenta que se trata de definir la responsabilidad penal de personas que han cometido conductas típicas y antijurídicas pero de las que se discute su punibilidad, en este capítulo se realizará un análisis respecto de los parámetros históricamente definidos para la conducta punible y la dogmática relacionada con la materia desde los puntos de vista social, político y jurídico penal, y se argumentará por qué motivos en el actuar de los hoy excombatientes -de que trata este trabajo-, no se configuran los cánones exigidos para dar por

demostrada la existencia de esta conducta punible, en otras palabras, se explicará por qué estas conductas ilegales por ellos desplegadas, aunque típicas desde el punto de vista objetivo como por ejemplo matar a otro, privar arbitrariamente de la libertad a otro, dañar bienes ajenos, apropiarse de bienes de otros, exigir dádivas o contribuciones ilegales, etc., en casi todas las ocasiones antijurídicas desde el punto de vista formal y en algunas desde el punto de vista material, carecen de factores que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han caracterizado como imprescindibles para que de ellas pueda predicarse su punibilidad.

El derecho penal en palabras de Franz Von Liszt “es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (Liszt, 1914-1929, pág. 5); es una rama del derecho que constituye un sistema de control social formal y positivizado que se ha institucionalizado en la totalidad de las sociedades con el fin de evitar que ocurran conductas de las cuales no se desea su ocurrencia, con la amenaza explícita de la imposición de una sanción.

“...sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen... se trata, pues, de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano. De ahí que el poder punitivo, reservado al Estado, sólo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas normas legales, a aprobar por los representantes del pueblo en los países democráticos. Tales normas, que constituyen el Derecho penal, deben determinar con la mayor precisión posible qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito y qué penas pueden sufrir quienes las realicen.” (Mir Puig, 2016, pág. 42)

Dentro de la estratificación administrativa y política del Estado Social de Derecho que somete el poder al imperio de la ley, se encuentra la razón de ser de las leyes que es la de garantizar un estado de tranquilidad y convivencia basado en el respeto de los derechos y los deberes de unos y otros asociados; es por esto que allí se enmarcan como su uno de sus resultados, las bases conceptuales para aplicar el derecho positivo, tales como la teoría del delito, la misión social del derecho penal y los límites y funciones de la pena y las medidas de

seguridad; las fronteras que se han impuesto por esta vía a la aplicación del derecho penal en cuanto a su concepción subjetiva o *ius puniendi*, frenos conceptuales, doctrinarios y por qué no incluirlos, jurisprudenciales, que a más de constituir esos parámetros para su aplicación en casos específicos y particulares del conglomerado social, igualmente representan una garantía que de forma concomitante dan a los ciudadanos ese soporte de que por más de que se desee en determinado momento aplicar el máximo de sanción que la ley establece como pena, tan solo puede hacerse con base en estos lineamientos y parámetros históricamente se han ido decantando.

Además de comprender el derecho penal un conjunto de normas, principios y los aportes doctrinarios y jurisprudenciales que permiten su interpretación y aplicación (Mir Puig, 2016, pág. 45), del derecho penal objetivo debe decirse se trata de supuestos fácticos y de las consecuentes repercusiones legales que esta situación implica (el que mate a otro –supuesto fáctico-, tendrá una pena de ... -consecuencia legal penal-); se trata de apartes normativos que informan a la ciudadanía de la prohibición de una conducta, o mejor aún, de un aviso de que en caso de llevar a cabo una de esas determinadas conductas, le será impuesta la pena que legalmente le corresponde, salvo que en el justo juicio que se le realice, se determine que esa conducta que pareciere ser merecedora de sanción penal, no cumple con los parámetros y exigencias que la misma ley penal impone para considerar ese actuar como punible. Ese aviso –a forma de prohibición y de prevención-, constituye la materialización de las principales funciones del derecho penal, que no son otros que los que se derivan del establecimiento de las sanciones penales allí establecidas, funciones que se concretan en los ámbitos retributivo (un castigo por lo hecho) y preventivo (para que no se cometa nuevamente este u otros delitos y proteger de fondo los bienes jurídicos), que en nuestro ordenamiento penal de la ley 599 de 2000, en su artículo 4º “funciones de la pena”, las menciona y amplía como de “prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado” (Congreso de la República de Colombia, 2000).

La estructura dogmática del delito en Colombia responde a una categoría del conocimiento del derecho penal conocida comúnmente como Teoría del Delito; esta teoría del delito agrupa una serie de conceptos basados en fundamentos filosóficos, doctrinarios y políticos, así como el conocimiento del ser humano y de la ciencia del derecho penal misma;

conceptos en los que se establecen lineamientos para la interpretación y aplicación del derecho positivo. El derecho positivo u objetivo constituye el marco –no desbordable son los límites que el intérprete o administrador de justicia tiene para hacer esas normas escritas aplicables a un procesado; es por esto que a través de los tiempos y con la aplicación de esta Teoría del Delito por parte de las autoridades judiciales, se ha venido decantando un sistema de determinación de la responsabilidad penal, con base en estos límites aplicables para cada caso específico.

“En efecto, ya no es de la esencia de la metodología jurídico-penal, ni el abstraccionismo puro que en algún momento de su evolución lo caracterizó ni el aislacionismo que lo conduzca a posiciones inhumanas y autoritarias como consecuencia de un rancio racionalismo lógico, por cuanto que ha de estar al servicio de valores humanos elementales que la liberen del positivismo puro cuando se integra en un orden social en donde se le garantiza al hombre su dignidad y la plena realización de su individualidad y potencialidad. (Castellanos, 2010).

Con ello se quiere decir, que la aplicación del derecho penal, y particularmente el derecho punitivo, ha ido evolucionando, al punto de exigir cada día con más vehemencia y efectividad, el respeto por las garantías mínimas que como ser humano corresponde, figuras como el debido proceso, el principio de inocencia, el derecho a contar con la asistencia de un letrado en derecho que le represente, el derecho de contradicción de las pruebas, entre otros muchos derechos, han ido formalizando este conjunto de prerrogativas de que hoy día gozan a quienes se les imputa la comisión de un delito. Para ello se han establecido criterios que a modo de teoría de aplicación del derecho penal conocido como “teoría del delito” que permiten tener un derrotero claro y sistematizado, acorde con unos criterios de responsabilidad, para cuya aplicación se observa como centro de debate y objeto de aplicación de la ley, un ser humano, un imputado.

Diversas han sido las concepciones que de la teoría del delito se han argumentado y han permanecido con alguna vigencia a lo largo de la historia: el positivismo de finales del Siglo XIX y principios del Siglo XX, el neokantismo desde principios del Siglo XX y la Segunda Guerra Mundial, el ontologismo fenomenológico desde la década de los años 30 hasta los años 60 y el funcionalismo desde los años 70 hasta épocas modernas (Luzón Peña D.-M. , 1996, pág.

224 y ss.); en virtud de esta última “escuela” como han sido denominadas estas corrientes ideológicas “se reconoce que la construcción teórica del delito debe partir de la función político-criminal del Derecho penal (funcionalismo)” (Luzón Peña D.-M. , 1996, pág. 96). Nuevamente ha de resaltarse que “La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente punible y deba en este sentido prohibirse” (Mir Puig, 2016, pág. 148).

En este mismo sentido, son dos las grandes vertientes sobre las que históricamente se ha soportado el concepto de delito; una compuesta por dos elementos como son la antijuridicidad y la culpabilidad, y la otra basada en tres elementos, como lo son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Para la primera línea doctrinaria, tanto la conducta como la tipicidad de la misma, se encuentran comprendidas dentro de la antijuridicidad, es decir, como algo contrario a derecho; la culpabilidad por su parte, comprende el análisis de la imputabilidad de esa conducta típica y antijurídica a una persona determinada, a un autor. En palabras de Mir Puig: “Se sigue de todo lo anterior que en esta obra se entiende el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable. Esta definición tiene dos partes. La primera, la antijuridicidad penal, exige la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación. La segunda, la imputación personal, requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una infracción personal de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable” (Mir Puig, 2016, pág. 150). En lo que corresponde a la segunda ola ideológica, según Edmund Máyer (citado por Velásquez V) el delito se compone de tres elementos basales: la tipicidad – independientemente considerada-, la antijuridicidad y la culpabilidad “estimando que la tipicidad (el tipo penal), no constituye la *ratio essendi* sino la *ratio cognoscendi* del injusto, por lo tanto, la tipicidad cumple una función indiciaria de la antijuridicidad, esto es, se constituye en su fundamento cognoscitivo (Velásquez Velásquez, 2009, pág. 559) como un valor que se desvirtúa o confirma según concurren o no causales de justificación de esa conducta (Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2010, pág. 31).

Colombia y su Código Penal regulado en la ley 599 de 2000, establece su sistema en un concepto analítico tripartito (Barbosa Castillo, 2002); bajo este marco doctrinario actualmente



aplicable, se realiza un estudio de la conducta de interés al derecho penal bajo las ópticas de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; en el artículo 9 del Código Penal Colombiano, se lee que “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable” (Congreso de la República de Colombia, 2000). En términos muy generales, por “tipicidad” se entiende la estipulación de algunas conductas (humanas por supuesto) que deben ser objeto de reproche penal, por regla general se encuentran descritas en el Código Penal en su parte especial y comprende la descripción del sujeto activo (calidades que debe reunir el autor), el sujeto pasivo (en algunas ocasiones de manera expresa y en otras tácita), el objeto, el verbo rector (o conducta) que el autor debe agotar, así como los ingredientes normativos y subjetivos que deben ser verificados por el operador judicial al momento de realizar determinado análisis jurídico penal de un comportamiento humano; y finalmente la sanción penal que debe ser impuesta a quien sea hallado penalmente responsable por este delito. “La definición del tipo penal, permite realizar la adecuación típica de la conducta objeto de reproche, puesto que se trata de un examen de correlación entre un comportamiento humano y todos los elementos estructurales del tipo” (Sentencia Constitucional, 2016). Definir si una conducta humana corresponde a los criterios de esta tipicidad del tipo penal, se conoce como adecuación típica y es la que realiza el operador judicial al interior de una actuación de orden penal; se trata de una actividad de carácter valorativo, que no es una simple subsunción de una conducta en el tipo penal descrito “consiste en interpretar y aplicar el Estado Social de Derecho en cuanto a los fines esenciales del mismo (...) se debe superar el simplismo de la subsunción mecánica, entendiendo que cuando el tipo legal describe acciones u omisiones, está haciendo referencia a un ámbito situacional determinado (...) el juez no enfrenta simplemente una conducta positiva o negativa sino que afronta la complejidad del caso...” (Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2010, pág. 35)

La antijuridicidad corresponde el segundo aspecto a comprobar, y refiere a la verificación o descarte que se hace, de que con la conducta investigada, se ha transgredido la ley por una parte, es decir que se ha actuado contrario a lo que exige la ley, pero no solamente esto, sino que también se exige, que esa transgresión lesione efectivamente o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico que la norma protege y, además, que el autor no se encuentre amparado en alguna de las causales de justificación como causal de ausencia responsabilidad penal. Es la “*objetiva contrariedad al derecho penal*” (Mir Puig, 2016, pág.

149); y a las luces de nuestro ordenamiento penal en su artículo 11, “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal” (Congreso de la República de Colombia, 2000). O como bien lo señaló nuestro máximo órgano constitucional (ver apartado 15):

“La antijuridicidad o injusto penal implica la contradicción jurídica del acto objeto de reproche, es decir, de una parte, el desvalor de resultado el cual es formal cuando se infringe la ley y material, cuando se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico protegido, y de otra parte, el desvalor de la acción con fundamento en el conocimiento de los hechos típicos dolosos o de la infracción al deber de cuidado en los delitos culposos, lo que genera el injusto típico”. (Sentencia Constitucional, 2016).

El concepto de culpabilidad por su parte, hace referencia al análisis final de la conducta para determinar si su autor debe o no responder penalmente por la acción que se ha demostrado típica y antijurídica; se trata en concreto de hacer un juicio de reproche a la conducta confrontada con sus resultados dañinos; por último, la culpabilidad constituye la base de partida o presupuesto para efectos de determinar la dosificación de la pena a imponer, demostrada la culpabilidad procede la dosificación de la pena. “la culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma” (Bacigalupo, 1994, pág. 298). La culpabilidad constituye la materialización del aforismo popular de que “Toda persona se presume inocente, hasta tanto no se le haya declarado judicialmente culpable,” aforismo que goza de soporte constitucional en el medular artículo 29 que corresponde a los criterios del debido proceso, se trata de que el aparato judicial imponga una sanción penal, solamente a aquellos procesados de los que se tiene total certeza de su responsabilidad subjetiva, respecto de la conducta o el hecho por el cual se está adelantando el proceso penal, pero no precisamente por su modo de pensar sino por conductas que haya exteriorizado efectivamente, todo ello en virtud al derecho penal de acto –no de intención ni de pensamiento\_ imperante en nuestro sistema penal y constitucional vigente.

Una vez definidos estos aspectos, que corresponden en su conjunto al establecimiento de la responsabilidad penal en cabeza de un ciudadano determinado habiendo sido escuchado y vencido en juicio, corresponde analizar los criterios para definir la sanción penal que ha de

imponerse; la pena propiamente dicha constituye el resultado de toda la operación dogmática que acaba de explicarse; “La pena configura la sanción legal, la expresión del poder punitivo del Estado por la realización de un acto considerado típicamente como delito” (Sentencia Constitucional, 2016) (ver apartado 23). Veamos de manera un poco más detallada, aunque no exhaustiva ni mucho menos catedrática, en qué consisten cada uno de estos factores o elementos y como se materializan en el asunto sometido a análisis en este trabajo.

## **2.1. EL TIPO DE INJUSTO**

En el marco de las teorías contemporáneas de la estructura del delito, el concepto de injusto penal (o injusto típico) se yergue como el primer escenario a demostrar cuando de verificación de la existencia de una conducta punible se trata; este injusto penal recoge el estudio de cuatro aspectos concatenados secuencialmente, siendo ellos la existencia de una conducta propiamente dicha, la tipicidad (objetiva y subjetiva) y la antijuridicidad tanto formal como material pero excluyendo el factor subjetivo de la misma, que forma parte de la culpabilidad, y por último, la demostración de la culpabilidad.

Teniendo en cuenta que se trata de analizar acciones u omisiones realizadas por las personas que cometen conductas tipificadas en el Código Penal siendo menores de edad al servicio de los Grupos Armados al Margen de la Ley o por mayores de edad que tuvieron este triste pasado desde su niñez, a continuación se consignan las razones por las cuales se considera que estas conductas en principio típicas, tales como dar muerte o secuestrar a otra persona, cometer conductas propias de la extorsión, apropiarse arbitrariamente de bienes ajenos, entre otras conductas inclusive de mucha más relevancia, por ejemplo, no cumplen con los presupuestos integrales que el funcionario u operador judicial debe verificar para determinar que se da el fenómeno de la tipicidad. Para algunos sectores de la doctrina, la tipicidad y la antijuridicidad se analizan en conjunto en un solo concepto amplio de antijuridicidad, para luego observar lo correspondiente a la culpabilidad (Mir Puig, 2016, pág. 169); para otro sector, se delimita completamente la existencia de los tres factores independientes como son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, que sumados dan lugar a la punibilidad, es decir que se analizan los tres conceptos de conducta típica, antijurídica y culpable en tres estadios distintos, pero

analizando al tipo penal (a la tipicidad) no como la razón de ser del injusto sino como un presupuesto indiciario de la antijuridicidad, factor indiciario que se concreta en injusto penal, si en el actuar no concurren causales de ausencia de justificación, y que se desvirtúa si ocurre lo contrario. (Rodríguez Mourullo, 1978). En Colombia, el Códigos Penal integrado en la ley 599 de 2000 y el Penal Militar que corresponde a la ley 1407 de 2010, establecen en sus artículos 9 y 15 respectivamente, que para que la conducta sea punible, esta tiene que ser típica, antijurídica y culpable, con lo cual se nota claramente el sector de la doctrina que tácitamente acoge.

La tipicidad debe ser analizada desde dos ópticas, la primera de ellas corresponde a la tipicidad reguladora de las conductas de los miembros de la sociedad y que se materializa en el código penal mediante la prescripción de las conductas que según el poder legislativo constituyen motivo de afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos, estableciendo sanciones punitivas para quienes las cometan, lo que significa la prohibición de realizar ciertas conductas, so pena de ser sancionado penalmente. Al establecer una acción humana como típica, el legislador lo que hace es otorgarle *desvalor de la conducta* (Zafaroni E. , 2000, pág. 417); expresión legislativa que, si bien es cierto es una manifestación en nombre y voz del pueblo, en realidad representa un límite político al poder de Estado, ya que en el marco del principio superior de legalidad, del cual deriva el de tipicidad, solamente las conductas así descritas en la ley, pueden ser motivo de investigación, proceso y condena; sin que sea dable o permitido al estado el enjuiciamiento por conductas no tipificadas y vigentes para el momento de ejecución de la conducta. “*las acciones y omisiones objeto de la prohibición, adquieren un contenido real y objetivo dentro del marco de una relación social y de una consideración desde el bien jurídico*” (Bustos Ramírez J. , 1989, pág. 158).

La otra óptica desde la cual debe ser entendido el concepto de tipicidad, corresponde al análisis que el operador judicial realiza respecto de determinada conducta; al realizarle lo que se conoce como el juicio de adecuación típica, determina si en ella existe o no tipicidad, debiendo concluir en caso afirmativo, que en la conducta analizada de determinado sujeto activo, se configura el fenómeno de la tipicidad, para lo cual debe realizar un análisis político, social, legal y de contexto completo para cada caso específico, al respecto nuestra Corte Constitucional dijo:

“Para efectos de la adecuación típica de la conducta el funcionario judicial debe verificar si el comportamiento humano encaja dentro de un tipo penal determinado. Esto es, hace descender el nivel de generalización en el que la ley formula los elementos positivos del tipo delictivo, al caso concreto, pero no puede aumentar esa generalidad del tipo ampliando su ámbito de aplicación. En otras palabras, el legislador describe en forma general la conducta que considera reprochable y señala la pena, y el funcionario competente constata si un comportamiento individual y concreto se ajusta a una descripción penal” (Sentencia de Constitucionalidad, 1999) (ver apartado 3 “Principio de Legalidad)

Este tipo de injusto debe ser apreciado desde una óptica objetiva y una subjetiva; la primera de ellas refiere a la verificación del cumplimiento de los requisitos contenidos en el código punitivo para el tipo penal determinado, a manera de ejemplo y por tratarse de un tipo penal en exceso sencillo, cito el delito de Homicidio estipulado en el artículo 103 de nuestro ordenamiento penal, en el que sin mencionar sus consecuencias punitivas, establece que comete homicidio “quien matare a otro”; en este escenario de la tipicidad literal u objetiva como técnicamente se le denomina, basta verificar que una persona ha perdido la vida como consecuencia del actuar de otra, sin más consideraciones especiales que ese análisis puede ofrecer. Determinar la tipicidad objetiva en este caso, consiste en verificar que una persona dio muerte a otra. Esta tipicidad objetiva incluye el análisis de elementos como la verificación del tipo de conducta -que exige el tipo penal-, si se trata de una acción, de una omisión o de una acción por omisión, el sujeto activo singular o colectivo exigido (como en el caso del Concierto para Delinquir), el sujeto pasivo, el verbo rector, el objeto material y los ingredientes normativos del tipo; también se analizan en este punto, los agravantes o atenuantes que pueda tener la conducta que es objeto de verificación.

El primer aspecto que corresponde verificar en el tipo objetivo, es la conducta y sus especies; el actuar propiamente dicho del ser humano, ese actuar que resulta de interés a derecho penal: no saludar al gerente de la empresa por más reprochable que pueda parecerle a alguien no es una conducta omisiva que represente interés al derecho penal, como tampoco lo es causar daños a los bienes propios, aunque sí representa una conducta de interés al derecho penal, causar lesiones en la integridad física del gerente y dañar bienes ajenos. El artículo 29 de la constitución

Política de Colombia, al hablar de acto, instituye de paso el derecho penal de acto, no se pena el pensamiento ni las intenciones no exteriorizadas, tan solo se puede juzgar a alguien por una conducta que ha lesionado o puesto en peligro uno de los bienes jurídicos protegidos por la ley; se trata de un acto humano consciente, que le antecedan tanto el conocimiento de lo que hace como la voluntad libres de vicios, impedimentos o circunstancias que los anulen u obnubilen (Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2010, pág. 40), para estos casos en los que se presenten circunstancias que anulen u obnubilen la conciencia y la voluntad, se está frente a la inexistencia de la conducta, como cuando alguien resbala en un supermercado por unas gotas de aceite que estaban en el piso, y en su caída hace que un electrodoméstico caiga al piso y quede completamente averiado o destruido, quien ha causado el daño en este caso, no tenía ni la voluntad, ni la conciencia de realizar el daño, los efectos producidos en bienes ajenos estuvieron fuera de su control, se trató de actos reflejos o simple inercia o reacción de su cuerpo al precipitarse al suelo. Pero ese actuar humano, aunque sea voluntario, *“se integra en forma inseparable con la finalidad del movimiento, entonces, la voluntad sin contenido final no es voluntad y la acción humana sin voluntad queda reducida a un simple proceso causal”* (Zafaroni E. , 2000).

Esa conducta –la que interesa al derecho penal- puede ser cometida en una de dos modalidades *i*) por acción o *ii*) por omisión (que a su vez puede ser pura -o simple- o impropia). La acción como tal, representa la exteriorización de un pensamiento en el autor, de hechos positivos, la omisión por su parte es completamente lo contrario, se trata de no hacer, de dejar de actuar positivamente cuando las normas exigían lo contrario; en uno u otro caso debe corresponder a su voluntad y debe ser evitable su ocurrencia –ya que lo inevitable no trasciende al derecho penal- para JAKOBS por ejemplo, (según VELÁSQUEZ) *“lo inevitable en si, no se responde penalmente”* (Velásquez Velásquez, 2009, págs. 523, 179 y 182). Los otros factores de la tipicidad objetiva como el sujeto activo, de cual debe demostrarse no solo su existencia, sino también su capacidad de conducta y capacidad de motivación –frente a la norma prohibitiva- (que sea capaz de asimilar el mensaje que el legislador ha enviado a la sociedad de que se abstenga de realizar ciertas conductas porque están penadas); el sujeto pasivo que es el mismo perjudicado en sus bienes jurídicos con el delito, el titular del derecho vulnerado o puesto en peligro; la verificación estricta del cumplimiento del verbo rector o conducta descrita en el

tipo penal como prohibida –si es matar a otro por ejemplo, la víctima debe estar efectivamente comprobada su muerte, no puede ser un estado de coma, una inconciencia prolongada en el tiempo, no puede ser tampoco haberle disparado en varias oportunidades en la cabeza o el pecho por ejemplo, nada de eso basta, si la víctima no está efectivamente fallecida, de lo contrario se estaría en un delito distinto, lesiones personales por ejemplo-. De igual forma se deben verificar por parte del operador judicial los ingredientes normativos especiales del tipo, como por ejemplo cuando el delito exige que se trate de un provecho para terceros (habrá entonces de demostrarse ese provecho exigido), o sobre bienes de utilidad pública (caso en el cual igualmente debe demostrarse esta circunstancia), etc.

Finalmente y para culminar la verificación de los distintos elementos del tipo objetivo que deben ser verificados, debe analizarse si en la situación fáctica sometida a investigación, en el actuar o el omitir del procesado se da la ausencia de presupuestos objetivos de causales excluyentes de responsabilidad, ya que el tipo penal (de injusto) corresponde a una conducta que, por ser contraria a derecho es típica y por esto mismo deviene en injusta, es por esto que si se demuestra en el expediente que se encuentra configurada una de estas causales objetivamente hablando, afecta directamente la demostración de lo objetivo del tipo.

El tipo subjetivo finalmente, se encuentra íntima e indivisiblemente ligado a la clase de delito que se esté investigando; bien es sabido que la conducta puede ser dolosa, culposa o preterintencional y que la culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley (Congreso de la República de Colombia, 2000) (ver artículo 21). Quiere decir lo anterior, que por regla general todos los delitos consagrados en el catálogo penal, son de carácter doloso, y que solamente los que en su epígrafe mencionen que son culposos (como el peculado culposo, el homicidio culposo o las lesiones personales culposas) y preterintencionales (como el homicidio preterintencional), tienen ese carácter, de resto, ha de entenderse que todos son dolosos se repite. Y se decía que la clase de delito que se esté analizando tiene que ver directamente con el estudio que se haga de la tipicidad subjetiva, pues al estar contenida en el tipo penal la categoría del delito, es en esta sede de tipicidad en la que corresponde su análisis, correspondiendo entonces al operador judicial, determinar si en la investigación de un delito como homicidio –que por no tener título distinto se debe entender doloso-, en el análisis del tipo subjetivo deben ser estudiadas las intenciones que tenía el autor

para causar la muerte del occiso, en palabras de la Corte Suprema de Justicia la parte subjetiva del tipo penal:

“se refiere al proceso ideativo de la acción, representación o motivación, que constituye el proceso de selección de los mecanismos o medios y la voluntad que mueve al acto”, mientras que la objetiva es la exteriorización del comportamiento que se proyecta en relación con los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal, lesionándolos o colocándolos en peligro efectivo. Así, cuando el legislador en ejercicio del poder punitivo del Estado, para salvaguardar bienes jurídicos, tipifica una conducta humana como delito, se dirige a los asociados a fin de que conozcan anticipadamente el desvalor jurídico que le asigna a la misma y, por lo tanto, se abstengan de ejecutarla y sus actuaciones en el mundo de relación se ajusten a las exigencias normativas, de suerte que el legislador en ese proceso de criminalización sugiere los aspectos relacionados con la motivación –procesos internos– de las personas para que a partir de ese conocimiento encasillen su actuación” (Sentencia Penal , 2008).

Además de todo lo anterior, han de ser verificados los elementos subjetivos del tipo, aspectos que deben estar presentes en la mente de quien incurre en el delito (por ejemplo, realizar la acción típica “con el propósito de ...”) es un elemento subjetivo que debe ser igualmente demostrado en el estudio de tipicidad que realiza el funcionario judicial, se trata de elementos subjetivos específicos diferentes al dolo y a la culpa que complementan la descripción del tipo del injusto típico. (Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2010, pág. 80) Se trata de un elemento más que debe ser demostrado o desvirtuado, como parte integrante del tipo penal se convierte en un aspecto constitutivo, su no demostración torna en atípica la conducta y genera los mismos efectos que si no se encontrara demostrado el dolo, o el verbo rector exigido, etc.

En lo tocante a la antijuridicidad como segundo factor del tipo de injusto, se tiene que esta consiste en la afectación del bien jurídico que la ley pretende proteger, como lo son la vida, la integridad, la libertad, la propiedad, etc. Pero esta afectación al bien jurídico no debe ser solamente formal, que contraría la ley, sino que además se exige que esta sea material, es decir, que efectivamente lesione o ponga en peligro ese bien jurídico. “La antijuridicidad en sentido formal indica la relación de contradicción de un hecho con el Derecho, sin que se dé respuesta



todavía a la pregunta de por qué un hecho es contrario al Derecho Penal, cuestión que será resuelta por el concepto de antijuridicidad material” (Crespo, 2016, pág. 34). Significa lo anterior, que no basta que con la conducta se afecte un derecho que se encuentra protegido en la ley, sino que se exige que exista real afectación de ese bien jurídico, afectación que aun con apariencia de existencia, pierde validez si su autor ha materializado su conducta, pero amparado en una de las causales excluyentes de responsabilidad penal. Ya se anotó en párrafos anteriores que la antijuridicidad formal se da con el solo hecho de demostrar la ocurrencia del acto violatorio de la ley, pero “la antijuridicidad material es la lesión o puesta efectiva en peligro del bien jurídico, sin causa que lo justifique, es decir, sin que concurren causales de justificación” En palabras concretas, estamos frente a tres clases de antijuridicidad: la formal, la material y la negativa, esta última cuando hay ausencia de causales de justificación consagradas en la ley. En nuestra legislación nacional, la antijuridicidad esta consagrada en el artículo 11 así: “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal” (Congreso de la República de Colombia, 2000).

## **2.2. LA CULPABILIDAD**

La culpabilidad hace referencia a la verdadera posibilidad de responder ante la ley porque se han cumplido los presupuestos para efectuar el reproche penal a una conducta; se trata de un criterio constitucional que impone mandatorio cumplimiento; según su artículo 29 “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) Este concepto de culpabilidad, refiere precisamente a la exigencia que se le hace a las autoridades judiciales colombianas de que para poder emitir un juicio de responsabilidad penal, es decir, para proferir sentencia o fallo condenatorio, debe haberse probado que es culpable, que se ha vencido la presunción de inocencia, pero ha de basarse en el análisis de aspectos no solamente subjetivos relacionados con la voluntad y el conocimiento en lo que hace el autor, sino que también es un tema del resorte del estudio del individuo como miembro de la sociedad, del entorno en el que creció, de las posibilidades que

tuvo, del acceso al conocimiento, de sus características familiares, etc. “La conciencia de la persona surge del proceso social, de sus relaciones sociales. La sociedad responde por esa conciencia lograda por la persona. La conciencia es antes que nada una cuestión histórico-social, no sólo una cuestión psíquica.” (Bustos Ramírez & Hormazábal Malarée, 1997, pág. 153) En últimas la culpabilidad representa el complemento necesario para que se pueda hablar de la imposición de una sanción penal, si y solo si después de haber superado con éxito la comprobación de lo típico y lo antijurídico; una vez demostrada la culpabilidad en conjunto con los factores que componen la teoría del delito, se procederá a realizar el estudio de la punibilidad correspondiente, es decir, a la proporción de pena que le corresponde de conformidad con lo que hasta en ese momento obra en el expediente procesal.

Como concepto de doctrina penal, la culpabilidad forma parte de los factores a demostrar para establecer responsabilidad penal junto a los dos recientemente explicados –tipicidad y antijuridicidad-; para (Bacigalupo, 1994, pág. 298), la culpabilidad constituye “...el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma”; decir que la culpabilidad se encuentra demostrada, equivale a decir que a determinada persona le es imputable un injusto típico, que por los actos y las consecuencias de ellos derivadas, se puede declarar responsable penalmente, es conocer con certeza quién o quiénes realizaron ese injusto y destruir el principio de inocencia constitucional, al serle atribuible el injusto acaecido.

Si bien es cierto el concepto de culpabilidad ha ido cambiando en el curso de la historia, en principio con Frank con su obra “Sobre la estructura del concepto de culpabilidad” de 1907, en la que señaló la “imposibilidad de sostener un concepto puramente psicológico de culpabilidad” (Welzel, Derecho Penal Alemán Parte general, 1956, pág. 151), y en la que concluyó que “la culpabilidad está compuesta por tres elementos de igual rango: i) la normalidad mental del sujeto; ii) la relación psíquica entre el autor y el hecho, o por lo menos la posibilidad de la misma (es decir, el dolo o la culpa); y iii) la normalidad de las circunstancias en que actúa el sujeto” (Frank, 2000, págs. 33, 40 y 41) y según (Roxin, 1997, pág. 795) para esta tesis, solo “En presencia de estos elementos, existiría reprochabilidad; es decir, la posibilidad de formular un juicio de reproche al sujeto por haber cometido un injusto”. Tesis que posteriormente en 1913 y 1922 fueron seguidas y complementadas por Goldschmidt y Freudenthal; para el primero, la

culpabilidad era la “atribución de una conducta antijurídica a una motivación reprochable” (Goldschmidt, 2002, pág. 104) y en palabras de (Roxin, 1997, pág. 796) para esta teoría, la culpabilidad “consistía en no dejarse motivar por la representación del deber a pesar de su exigibilidad” y para el segundo, “la reprochabilidad es el núcleo de la culpabilidad, y consiste en el juicio de reproche que puede formularse al autor cuando pudo y debió haber desplegado otra conducta o cuando la representación del resultado típico pudo y debió haber sido atendida por éste como un contramotivo” (Freudenthal, 2003, pág. 69)

Posteriormente, con el finalismo, el concepto de reprochabilidad continuó fungiendo como factor medular, basado en criterios de imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la ilicitud y la exigibilidad de una conducta conforme a derecho (Roxin, 1997, pág. 796 y 797); en otras palabras, el autor debería responder, cuando fue incapaz de imponerse a su voluntad contraria a derecho, pudiendo y debiendo hacerlo, pero todo esto en un contexto concretizado para cada caso particular según las circunstancias que rodeen a esa persona y a esos hechos; pero “el parámetro para la valoración no es uno subjetivo-individual, sino que se trata de una valoración objetiva por parte del ordenamiento jurídico, que es susceptible de graduación” (Welzel, El nuevo sistema del Derecho penal, 2002, págs. 127, 195).

Para la segunda mitad del siglo XX (Montoro Ballesteros, 2007, pág. 365), emergió la corriente funcionalista en el derecho penal representada por ROXIN y JAKOBS principalmente, ROXIN con su funcionalismo moderado, atacó la tesis de WELZEL argumentando que “no existe ninguna manera para constatar científicamente la posibilidad del sujeto de poder actuar de otro modo al momento de cometer el hecho” citado por (Luzón Peña D. , 2011, pág. 21). Y en ese orden de ideas, “la imposibilidad de construir la categoría de culpabilidad sobre esta base debería conducir a la absolución en virtud del principio *in dubio pro reo*” (Roxin, 1997, págs. 799, 800), por lo anterior, para este autor existía culpabilidad –reprochabilidad o responsabilidad- cuando se realizaba una conducta contraria a derecho, teniendo capacidad de conocer el alcance prohibitivo de la norma y pudiendo este autocontrolarse de tal manera que le fuera posible realizar una conducta distinta reglada por el derecho; en palabras de este autor “existe culpabilidad en sentido estricto cuando el sujeto realiza un comportamiento antijurídico, estando en posibilidad de que le alcanzase el llamado de atención de la norma penal en la

situación concreta y teniendo un suficiente grado de autocontrol, de modo tal que le fuese psíquicamente asequible una conducta conforme a Derecho” (Roxin, 1997, pág. 792).

Para JAKOBS en su funcionalismo que se le ha denominado de la corriente radical, las normas legales de mandatorio cumplimiento forman parte del mismo Estado y de la misma sociedad, siendo indispensables para su correcto funcionamiento, el Derecho penal y la sociedad y el Estado están interrelacionados, solamente este sistema legal en el cual todos los asociados tienen la obligación de acatarlo, permitiría la existencia de una sociedad propiamente dicha, cada entidad, cada individuo, cada persona tienen una función y un rol específico en el sistema social, el incumplimiento a ese rol genera culpabilidad, culpabilidad que según este autor, era una “infidelidad al derecho” (Jakobs, Derecho penal, parte general, 1995, pág. 566), se trataba de una tesis si bien funcionalista, estricta en el sentido de que bastaba la inconformidad del actuar con la norma positiva y la pena era necesaria para buscar el restablecimiento del orden social roto por esa conducta. ROXIN criticó esta tesis al considerar que desconocía completamente las circunstancias que en concreto rodeaban al individuo autor de la conducta, poniéndole en posición de subordinación ante los intereses sociales, lo cual “supondría una instrumentalización del individuo constitucionalmente inadmisibles” (Roxin, 1997, pág. 806).

Con todo lo anterior, la culpabilidad hoy día obedece a un concepto no se encuentra unificado en la doctrina en algunos de sus aspectos medulares, sí encuentra una jurisprudencia tanto penal como constitucional, esta última ha considerado que “la culpabilidad en materia penal debe interpretarse a la luz del artículo 29 de la Constitución, que establece un tránsito hacia el derecho penal del acto y no de autor. En ese entendido, la valoración de la culpabilidad recae sobre actos exteriores del ser humano y no sobre aspectos de su fuero interno, el juicio de reproche debe ser adscrito a la conducta del actor y constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer. (Sentencia Constitucional, 2016); la Corte Suprema de Justicia por su parte, la culpabilidad la define diciendo que “la categoría dogmática de la culpabilidad (teoría normativa) corresponde a un juicio de exigibilidad personal que recae sobre el autor o partícipe de una conducta típica y antijurídica, porque estando en condiciones individuales y materiales de motivarse conforme a la norma, optó por realizar el comportamiento definido en la ley, sin contar con una justificación. En tanto el dolo, la culpa y la preterintención corresponden a formas de conducta (artículo 21 del Código Penal),

la culpabilidad precisa de tres elementos: Imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta” (Sentencia Penal, 2019). Doctrinarios como GÓMEZ LÓPEZ la definieron como “el conjunto de circunstancias individuales y sociales que hacían exigible al autor la conducta adecuada a Derecho; la culpabilidad como juicio de exigibilidad se refiere a la acción injusta y a las circunstancias de conocimiento y autodeterminación en que fue realizada” (Gómez López J. , 2003, pág. 159).

Revisando los postulados de las teorías dogmáticas del delito, los componentes estructurales de la conducta punible y las particulares circunstancias que son aplicables a los menores de edad que son reclutados de manera forzosa y en esta condición cometen esta clase de conductas, o a quienes incurren en ellas siendo mayores de edad, pero que han atravesado por infancias o adolescencias en estas nefastas condiciones, bien podría decirse –como se dice en este momento-, que estas conductas por ellos realizadas cumplen con los criterios aquí mencionados para que se den los presupuestos de culpabilidad; que una persona de 19 años de edad que desde su infancia se encuentra en las filas de estas organizaciones, que por orden de sus líderes, comandantes o como quiera llamárseles, torturen, maten, extorsionen, destruyan bienes públicos, etc., seguramente se cumplirían con la totalidad de estos requisitos como en realidad se está viendo hoy día en los estrados judiciales, de tantos exsubversivos o miembros en general de estos GAOML que han sido capturados y que son sometidos a penas por los delitos que cometieron como miembros de esas organizaciones; como ya se anotó en el capítulo inicial, si bien es cierto los menores de edad ya no se encuentran cobijados bajo el concepto de personas inimputables precisamente por la minoría de edad, ya que desde la vigencia del código penal de 2000 son considerados como imputables pero sometidos a un régimen especial definido en el Código de Infancia y Adolescencia, no menos cierto es que esta normativa, tanto la penal ordinaria como el código especial para el infante y adolescente, guardan silencio respecto de quienes cumplen esos 18 años de edad, traen una trayectoria de criminalidad como consecuencia del adoctrinamiento diario y permanente desde su infancia en las filas de estas organizaciones ilegales armadas; sobre este particular la Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia a este tema y su regulación en el nuevo Código Penal de 2000 dijo:

“...se cambió el concepto de inimputabilidad, por el de la titularidad de derechos y en contraprestación una responsabilidad penal, aunque disminuida en comparación con la

de los adultos; de suerte que en tal comprensión los jóvenes con edades entre 14 y 18 años, son capaces de culpabilidad y son imputables, y por tanto responsables penalmente aunque dentro de una dimensión eminentemente pedagógica, específica y diferenciada...” (Sentencia Penal, 2010).

Aunque el menor de edad se encuentre por esa sola razón bajo el régimen de este código especial de infancia y adolescencia, de él se predica responsabilidad penal, es decir, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad comprobadas procesalmente, en todo caso se somete a un régimen de responsabilidad penal como el mismo código lo ordena, pero debe decirse que bien distinto debe ser el análisis que se haga de la conducta delictiva de un menor de edad que se encuentra en condiciones distintas a la de los reclutados forzosamente, con lo que se quiere significar es que las normas que procesan y juzgan a un menor de edad -principalmente un adolescente del que pudiera considerarse alguna clase de conciencia criminal- que comete una conducta típica, antijurídica y culpable en una sociedad con normalidad de condiciones bien sean rurales o urbanas, -como quienes cometen hurtos a mano armada, lesiones personales, homicidios, o cualesquiera otras conductas- respecto de quienes han sido reclutados para ser utilizados en la guerra de guerrillas o en las organizaciones tipo GAOML, y en las que son adoctrinados de manera sistemática y particular para que se alcen en armas contra la institucionalidad del Estado, pero no solo eso, sino que para buscar el “financiamiento” de todas estas actividades ilegales, se les ha inculcado la idea de la validez del secuestro, la extorsión, el hurto, el abigeato en particular, el mismo homicidio y las torturas tan solo por mentar algunos delitos, haciéndoles creer que es por la causa revolucionaria, o que sus víctimas se trata de personas que atacan contra el movimiento de una u otra forma y por este motivo hay que eliminarlos.

Lo que se pretende con este artículo es presentar un punto de vista distinto, una óptica que permita discutir que a estas personas en estas particulares condiciones, no deben ser procesados por ningún código -ni siquiera el especial- para someterlos a un régimen penal particular; lo que aquí se propone es analizar estos casos de forma particularizada, para entender de fondo una problemática que busca un tratamiento no judicial, no procesal de responsabilidad, sino político y administrativo, en el que se observe a esta persona no como victimario sino como víctima, víctima de reclutamiento forzado, de sometimientos, de esclavitud sexual, de

explotación productiva y utilizados además como escudo en esa guerra sucia, para los fines perversos de estas organizaciones que en poco o nada refieren a fines exclusivamente políticos.

No se trata de una idea escogida al azar en un solo momento de reflexión, se trata, sobretodo, de exponer puntos de vista más allá de los estrictamente legales, el tema es de índole constitucional, social, político y por encima de cualquier otro: Humano.

Estos aspecto de orden supra legal que se citan para ser tenidos en cuenta al momento de elegir el tratamiento que debe darse a una de estas víctimas del conflicto armado –las del reclutamiento forzado- que como se dijo pasan por el orden de los sociales, políticos, y de la esfera y condición propios del ser humano, encuentran claro soporte en nuestra Carta Política de 1991; si se observa el contenido del artículo 13 de la norma superior y que refiere al Derecho a la Igualdad, consagra en su inciso final que *“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”* (Asamblea Nacional Constituyente, 1991); vale la pena preguntarse respecto a este tema confrontado con este postulado constitucional: Un menor –un niño, infante o adolescente- que ha sido reclutado por las fuerzas armadas ilegales de una sociedad, y que no recibió protección del Estado ni para recuperarlo oportunamente, ni para resocializarlo ni para atender siquiera a su familia con la asistencia social del caso ¿Será que un menor en estas condiciones, a merced de sus reclutadores criminales por el resto de su vida, no se encuentra en condiciones de manifiesta debilidad? ¿Será que a una persona en estas condiciones le son aplicables las normas que se le aplican a cualquier otro miembro de la sociedad que vive y convive en normalidad de circunstancias?

A estos interrogantes se puede buscar respuesta si se acude en primera instancia al contenido de los artículos 7 y 56 del Código Penal, el primero de ellos que remite de forma directa a este artículo constitucional, cuando en su contenido literal establece: “La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. **El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución**

**Política**” (Congreso de la República de Colombia, 2000) (negrita y subraya propios) y el segundo artículo mencionado, el 56, que al tenor literal indica: **“El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.** (Congreso de la República de Colombia, 2000) (negrita y subraya propios).

En el anterior orden, se considera que a estas personas no se les puede someter a un procedimiento que busca definir su responsabilidad penal por “delitos” por ellos cometidos en esta clase de circunstancias de tan especial connotación, bien podría así hablarse que no existe el punto inicial de partida como lo es la existencia de una conducta libre de vicios o condiciones que la hagan inocua en el campo del derecho penal, y al no existir conducta considerada como el acto humano primigenio, no se abordaría siquiera el estudio en sede de adecuación típica, pero si así se hiciera y fuere superada esta etapa dando por demostrada la conducta típica y por consiguiente antijurídica en todo su sentido habiendo conformado exitosamente el injusto penal, no debería superarse por motivo alguno el estadio de la culpabilidad. Como tanto se ha dicho, encontrar culpable de la comisión de un injusto penal a una persona que en su condición de víctima del conflicto armado y del abandono del Estado, trasciende negativamente cualquier concepto de justicia que pueda tenerse, aun cuando el infractor de la norma positiva haya superado el límite de edad que exige la ley para que se considere imputable, con las anteriores argumentaciones queda expresado que no puede predicarse de su actuar de conducta típica alguna, ni mucho menos de que su actuar típico (y antijurídico) sea culpable.

Autores como (Gómez López J. , 2003, págs. 876, 878, 888) quien expuso que:

“El concepto de culpabilidad es construido entonces sobre la base de dos requisitos positivos (conocimiento potencial de la ilicitud y exigibilidad –entendida como normalidad de las condiciones de autodeterminación o motivación-) y múltiples requisitos negativos. Entre éstos sobresale, además de tradicionales causas de inculpabilidad y otras causales como la fuerza mayor, las ““excepcionales circunstancias sociales de desigualdad, pobreza, miseria o ignorancia extrema. En opinión de este autor, la valoración de la culpabilidad



debe fincarse en lo que habría podido hacer el individuo concreto en tal situación, de modo tal que no basta la comparación con un hombre medio (...)”

En similar exposición, SALAZAR MARÍN argumentó respecto a las condiciones particulares del entorno que deben ser tenidas en cuenta para cada caso estudiado, aduciendo que el concepto de culpabilidad debe mantenerse, pero solo como un criterio analizado y concluido por un juez, “una vez verificada la culpabilidad como principio en cabeza del delincuente” (Salazar Marín, 2005, págs. 99, 100, 259). Aspecto en el que coincide con GÓMEZ LÓPEZ ya citado, “*consistente en que sólo hay lugar al juicio de exigibilidad cuando el Estado ha posibilitado al individuo las condiciones cognitivas, materiales y morales para observar la norma*” (Gómez López J. , 2003, págs. 100, 101).

Para plasmar de forma concreta el tema de la culpabilidad, se dice que son tres los elementos que componen el concepto doctrinario y legal de culpabilidad: *i)* la imputabilidad. Entendida como la capacidad del sujeto de entender el injusto típico, así como la capacidad de autodeterminarse de conformidad con ese entendimiento, con esa comprensión. *ii)* la exigibilidad de la conciencia del injusto, o lo que es lo mismo, la exigibilidad que se hace al autor de la conducta, de la interiorización de un determinado valor del sistema –que informa el injusto en concreto- y *iii)* la exigibilidad de la conducta, es decir, si para el caso específico, conocidas todas las circunstancias, el sistema social y político –y judicial- le es posible exigir al autor otra conducta –conforme a derecho- (Zafaroni, Alagia, & Slokar, 2006). Vale la pena acotar, que no se puede dejar de hacer referencia a que la insuperable coacción ajena, al error de prohibición –exculpante-, al miedo insuperable y al estado de necesidad –exculpante-, son todas ellas causales legales que excluyen la culpabilidad y consecuentemente eximen de la pena en determinado caso específico, tornan al hasta entonces culpable en inculpable –o no culpable- teniendo en cuenta al momento de la conducta que se pretende reprochar, en la mente del autor existían presiones psíquicas o circunstancias mentales que, teniendo la calidad de imputable, no debe responder como culpable del injusto que se le imputa.

### **2.3. LA PUNIBILIDAD. FUNCIONES Y FINES DE LA PENA**

Habiendo esbozado los presupuestos de la conducta punible en la dogmática de la teoría penal aplicable en nuestro país, se tiene que para proceder a estudiar la punibilidad de una conducta, esto es la imposición de una pena, debe haberse concluido exitosamente el estudio y demostración del concepto de culpabilidad, concepto que a más de ser un presupuesto de la conducta punible constituye un verdadero principio del derecho penal; es así como una vez concluido el estudio del caso y determinada la responsabilidad penal del investigado al haber demostrado tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como acaba de verse, corresponde al operador judicial la determinación de la pena a imponer en el caso específico puesto bajo su conocimiento y decisión; es el momento procesal en el que se puede restringir el ejercicio de derechos fundamentales del más alto nivel como la libertad, la locomoción y los derechos políticos entre otros de no menor jerarquía.

Si bien es cierto de la sanción penal como tal se ha discutido su eficacia, teniendo en cuenta aspectos importantes como son la reincidencia, en algunos casos frecuente de personas que han tenido en su existencia varias penas cumplidas o inclusive pendientes por cumplir, sin embargo, "...la eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de los que ya han delinquido. Precisamente en éstos el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que no han delinquido y acaso lo hubieran hecho de no concurrir la amenaza de la pena. (Lyons, 1989, pág. 159).

Vale la pena realizar al menos un veloz paso por la historia de la pena como mecanismo humano para buscar justicia por los males causados; en este sentido debe decirse que desde los inicios, y con base en el natural instinto de conservación del hombre, al no existir regulación alguna en el mundo primitivo, lo natural y lógico era realizar actos de venganza, pero esta venganza obedecía a criterios subjetivos, por no decir discrecionales o al arbitrio de quien los perpetraba, los destierros, los castigos físicos, las mutilaciones y hasta la misma muerte estaban a la orden del día, reglas espontáneas que dieron lugar al nacimiento de los no poco famosos sistema del talión y la compositio (Sandoval Huertas, 1982-1984, págs. 54-56); por talión –o ley del talión- establecida inicialmente en el Código de Hamurabi del 2250 A.c., y en las leyes

de Moisés, adoptada en la ley de las XII tablas de Roma en la que se establecía por ejemplo que por la ruptura de un miembro, el afectado podía aplicarle al causante la ley del talión si no le efectuaba una compensación económica suficiente, así mismo, quien daba muerte a otro, le era aplicada la pena capital. (Ortiz Monsalve, 1987, pág. 12). La *compositio* por su parte, era una compensación económica en moneda o en bienes que el agresor realizaba al ofendido en un acuerdo voluntario, otra parte era pagada a las autoridades públicas para sustentar los gastos oficiales (Gómez López J. O., 2001, pág. 241). Distintas formas de aplicar justicia fueron ocurriendo en el devenir histórico del hombre, con la hegemonía del poder de la religión – católica principalmente- de alguna forma se observaba al delito como una ofensa contra Dios, y por esto la sanción que se impusiera era vista como un modo expiatorio de su pecado, hasta que paulatinamente se fue encausando la historia en lo que hoy día tenemos, enmarcadas estrictamente en el ámbito jurídico bajo criterios político-sociales, y no en conceptos teológicos o simplemente morales o éticos.

Desde esos inicios hasta nuestros días, muchas son las formas que se han tenido por el hombre para hacer justicia, pero que pueden agruparse en dos grandes conjuntos: las de propia mano y de forma natural y autónoma, y las que corresponde a acciones de gobierno ejercidas por las autoridades de turno, bien se trate de regímenes autoritarios o absolutistas, o bien de gobiernos democráticos o con representación del pueblo en las decisiones; tan solo desde la obra del filósofo italiano Cesare Beccaría “Tratado de los delitos y las penas” de julio de 1764 (Beccaria, 2015, pág. 9) se inició a pensar en la revisión de las penas admisibles que llegaría a nuestros días, para superar la crueldad entonces reinante de las penas que pasaban por la muerte, la tortura y las mutilaciones por ejemplo, hasta llegar al nuevo centro del sistema punitivo la pena de privación de libertad (Mir Puig, 2016, pág. 693), mucho se ha dicho respecto de la gravedad que deben tener las sanciones penales; cada día es más escaso observar que en alguna de las legislaciones internacionales exista la pena de muerte, y en caso de existir esta es solo para delitos de suma gravedad, las sanciones de semejante entidad han ido desapareciendo, al punto que la tendencia actual es a que la privación de la libertad, como centro del régimen punitivo universal, también haya sufrido consecuencias de desplazamiento paulatino a un segundo plano, ya que cada día avanza y avanza la tendencia a imponer penas que no tengan tanto carácter invasivo y destructivo de la persona como ser humano que es, para dar paso a otro

tipo de sanciones que cumplan de mejor forma los fines y funciones de las penas y las sanciones penales en general. Por esto Mir Puig señala que *“cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos a que se señalaba”* (Mir Puig, 2016, pág. 127). Estos conceptos, aunados al criterio político del derecho penal como la última opción o *ultima ratio*, conduce a concluir que el intervencionismo del Estado, cada vez más limitado, debe operar sólo en las circunstancias en que tal intervención es requerida; existen herramientas legales y sociales permitidas que coadyuvan a que los afectados por las acciones de otros logren garantizar la efectividad de sus derechos vulnerados: la amigable composición, las demandas ante la jurisdicción civil, laboral o agraria a manera de ejemplo, la conciliación extrajudicial, el derecho disciplinario que sanciona a los servidores públicos cuando son hallados responsables de conductas contra derecho, inclusive cuando se afecta a terceros, las acciones administrativas contra el Estado, etc., todo este conjunto de mecanismos legales y otros no mencionados, permiten que los ciudadanos afectados con las conductas de otros, inclusive algunas de orden penal, puedan ser solucionadas de manera directa o por intermedio de instancias que se encuentran legalmente instituidas para tal efecto; antes de acudir al derecho penal las autoridades estatales deben haber implementado políticas para evitar la comisión de conductas de interés al derecho penal, como por ejemplo la vigilancia de las calles, la garantía de empleo para evitar condiciones de precariedad que en muchos de los casos conducen a la criminalidad de poca o mayor entidad, la educación del menor desde sus primeros años escolares inculcándoles principios y valores de sana convivencia en sociedad, las multas policivas, los cursos cívicos, etc., etc. Todo ello antes de acudir a los medios represivos legales oficiales.

Pero este carácter de subsidiariedad o *ultima ratio* como se acaba de anotar, no representa la única característica del derecho punitivo; la intervención estatal en este campo también se encuentra limitada por el principio de fragmentariedad en virtud del cual *“el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”* (Mir Puig, 2016, pág. 129); protege bienes jurídicos de relevancia a la convivencia social, siempre y cuando su afectación sea realmente

importante de conformidad a los lineamientos que paulatinamente han reglamentado tanto la ley como la jurisprudencia y la misma doctrina.

Es claro que en el contrato social que rige hoy día en el planeta, la ciudadanía somete parte de su libertad para que las autoridades públicas le garanticen seguridad y sana convivencia en el marco del disfrute de sus derechos fundamentales debidamente reglamentados; también es claro que en virtud de este pacto a la vez tácito y expreso entre los asociados y el sistema gubernamental en un estado social de derecho, impone a las autoridades unos límites que deben ser observados al momento de acudir a esta *ultima ratio* como herramienta para controlar y revertir el orden en cierto punto descompuesto; estos límites los enuncia Mir Puig como los principios de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización (Mir Puig, 2016, pág. 133). En virtud de su observancia, el gobierno se legitima ante sus asociados como un ente superior, un “Leviatan (Leviathan)” (no el del judaísmo, ni el del cristianismo, ni el del satanismo, ni ningún otro distinto al absolutista ilustrado por Thomas Hobbes en 1651) que protege a sus ciudadanos –quienes ceden sus derechos-, que impone sanciones penales como última opción, que en la aplicación de estas sanciones observa el cumplimiento de conceptos de dignidad humana que todos esperan recibir como administrados, pero también como miembros activos de esa sociedad, que han cedido parte de sus libertades para que sus gobernantes les provean seguridad y verificación del cumplimiento de las reglas y normas sociales. Si bien Hobbes no presentó una tesis por así decirlo democrática, sí fue la base para que sus cuasi-contemporáneos Locke y Rousseau presentaran sendas obras, con ideas de similar contrato social, con un punto de vista de hombre que nace bueno y feliz, y que cede una cantidad mucho menor de derechos, a unos representantes de la sociedad dentro de un gobierno en el que de alguna forma tienen participación.

Así pues, el derecho penal o punitivo, y la punibilidad –representada en la pena que se impone a quien es hallado responsable de un delito-, como instrumento social siempre ha cumplido unos fines, fines que hoy día sirven de base para sustentar la imposición de las penas que ello comporta, las teorías actuales son las absolutas o las relativas (Sentencia constitucional, 2016). Las teorías absolutas de la pena indican que ésta tiene una finalidad en sí misma, con una marcada tendencia compensatoria, que busca resarcir el daño cometido por el infractor. (Sentencia constitucional, 2016) La teoría de la expiación es una de las concepciones de la

tendencia absolutista, en la que según LESCH la pena supone una expiación moral, una especie de reconciliación del sujeto activo con la norma penal transgredida y con la sociedad, de ahí que la pena tenga una dimensión de arrepentimiento del delincuente y la aceptación social de aquel acto de contrición, que se traduce en la liberación de su culpa (Lesch, 1999, pág. 7). En la teoría de la retribución como teoría igualmente absolutista, para Kant (citado por LESH Op. Cit. Pág. 9) por ejemplo *“el hombre es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser instrumentalizado a través de la pena, con la finalidad de generar a la sociedad o al delincuente una determinada utilidad, sino que su imposición se justifica por tratarse de una necesidad moral generada por el acto delictivo”* (Kant, 1999, pág. 52).

Pero para efectos del análisis que aquí se realiza, lo que interesa es la caracterización que de las penas realizan las teorías relativas, en virtud de ellas, lo que se busca es prevenir la comisión de nuevos delitos con el propósito de proteger determinados bienes jurídicos, se basa en el respeto al orden social por parte de sus integrantes, fines que persigue a través de la prevención general y la prevención especial, razón por la cual también se encuentran en la doctrina y en la jurisprudencia como teorías preventivas. La prevención general es negativa y positiva, la primera comporta la *“idea de que la pena tiene una finalidad intimidatoria, pues busca coaccionar psicológicamente a los potenciales delincuentes, de tal manera que mediante la amenaza y la ejecución posterior de la pena se logre hacer desistir la comisión de hechos punibles”*; la segunda *“reitera su fundamento a partir del fin socialmente útil de la pena”* (Sentencia constitucional, 2016), Esta última es, según JAKOBS, *“(…) una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada.”* (Jakobs, Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación 2 ed., 1997, pág. 20).

La legislación penal colombiana enmarca los fines de la pena y las sanciones penales bajo estos criterios preventivos; y es por esto que para determinar esta pena que debe ser impuesta, el operador judicial debe realizar un estudio complejo de conceptos legales, dogmáticos, doctrinarios y jurisprudenciales, así como aspectos propios de los hechos y de las circunstancias probados en el expediente; el funcionario judicial debe tener completamente claros los fines y funciones de la pena, las clases de penas y las posibilidades de aplicarlas para

cada caso particular, y, finalmente, una clara concepción de las reglas existentes para la dosificación punitiva, lo que significa que debe conocer en detalle los presupuestos que existen tanto en la ley como en otras fuentes del derecho, respecto al quantum punitivo que debe imponer en el caso que se encuentra en su despacho para decisión. Se trata nada más ni nada menos que de materializar el poder represor (en lo punitivo) que de manera exclusiva detenta el Estado, representado en la imposición de una sanción legal como consecuencia de la comisión de un delito del cual su autor ha sido encontrado culpable. Según ZUGALDÍA ESPINAR, *“las teorías de la pena son perspectivas, puntos de vista que tienen como finalidad explicar de manera racional la existencia del derecho penal, que permite que algunas personas (jueces o tribunales), a nombre de la sociedad impongan a sus semejantes el sufrimiento de una sanción legal punitiva”* (Zugaldía Espinar, 1993, págs. 59, 60).

Debe recordarse que las autoridades de una nación no son más que la representación que la sociedad entera tiene en cabeza de algunas personas en quienes de manera directa o indirecta han delegado su administración: los servidores públicos, en los jueces la sociedad pone sus facultades para que sean ellos quienes determinen a quién o quiénes se les ha de imponer una penal, bajo qué modalidad y en qué nivel de severidad; es a los jueces a quienes les corresponde dar aplicación a los mandatos punitivos; independientemente que la pena sea vista bajo una óptica expiatoria, o retributiva, o preventiva, siempre se tratará de un sometimiento del individuo al poder del Estado, sometimiento que en muchos casos, resulta por demás injusto y desequilibrado desde el punto de vista social y criminológico, comoquiera que a pesar de confluir en la conducta de la persona todos los presupuestos exigidos por la ley para que su actuar sea merecedor de una sanción penal, en no pocos casos solamente se mira el estricto cumplimiento de estos requisitos, sin que trascienda como debe ser, el estudio del componente sociológico propio de la realidad que cada ser humano vive y que particularmente vivió o vivía al momento de cometer el acto criminal. Veamos de manera concreta cómo regula la ley penal colombiana este tema de los fines de la pena.

Las normas rectoras de la ley penal instituidas en el Código Penal de 2000, establecen que tanto las penas como las medidas de seguridad, deben ser impuestas atendiendo los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; en lo que respecta a las funciones de la pena, el artículo 4º establece que “La pena cumplirá las funciones de prevención general,

retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado (...) La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión” (Congreso de la República de Colombia, 2000). Como se acotó anteriormente en este trabajo, la prevención general busca producir en la sociedad una desestimulación a la comisión del delito, efecto que debe estar enmarcado en una retribución equitativa al daño causado a esa misma sociedad; la teoría de la prevención general negativa parte de la idea de que la pena tiene una finalidad intimidatoria, pues busca coaccionar psicológicamente a los potenciales delincuentes, de tal manera que mediante la amenaza y la ejecución posterior de la pena se logre hacer desistir la comisión de hechos punibles (Sentencia Constitucional, 2016); la teoría de la prevención general positiva (Sentencia Constitucional, 2016), reitera su fundamento a partir del fin socialmente útil de la pena. Según JAKOBS, la pena positivamente considerada es “(...) una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada. (Jakobs, Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación 2 ed., 1997, pág. 20). La prevención especial por su parte, busca afectar el entorno subjetivo unipersonal del infractor, causando con ello que el condenado no reincida o al menos tenga algunas consideraciones adicionales antes de cometer un nuevo ilícito, ya que ha sido conocedor de las consecuencias que infringir la ley penal impone. Según VON LISZT, la pena no se deduce de un criterio abstracto de justicia, sino que es sinónimo de coacción. Este criterio es bifronte, pues busca proteger los bienes jurídicos a través de la lesión de otros bienes jurídicos, bien sea de forma indirecta o psicológica (corrección o intimidación), o de manera directa y física (inocuización) (Von Liszt, 1882, pág. 83) En lo tocante a la resocialización, esta busca que el condenado, principalmente el privado de la libertad, retome sus funciones sociales en un pretérito momento descuidadas, de una forma que implique una óptica distinta, una visión que implique la de un ciudadano consciente de su rol social, de sus deberes dentro del conglomerado, respetuoso de los derechos de los demás y con aportes psicológicos, académicos y culturales adquiridos en este periodo en el que transcurrió la sanción penal purgada. No debe dejarse de lado, que en el Estado Social de Derecho, el ser humano individual y socialmente considerado representan el eje de la legislación, los destinatarios primarios y fundamentales de los fines esenciales del Estado, la garantía de un entorno en el que se satisfacen sus intereses previo el



seguimiento de unas reglas que en el marco de un contrato de social expreso o tácito, de adhesión por el simple hecho de existir, se le ha impuesto para garantizar una sana armonía y coexistencia entre todos los miembros de la comunidad.

En efecto, los artículos 3 y 4 del Código Penal de 2000 establecen los principios de las sanciones penales y las funciones de la pena respectivamente; en el artículo 3 se lee que *“La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.* (Congreso de la República de Colombia, 2000); el artículo 4 de la misma norma establece que *“La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.*

Nuestra Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del “Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas”, y de la Ley 250 de 1995 por medio de la cual se aprueba dicho tratado, resaltó entre otros aspectos los fines resocializadores del sistema penal y particularmente de la pena, dijo que *“en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (...), la ejecución de las penas debe tener una función primariamente resocializadora (...) pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el objetivo de los esfuerzos del Estado no solo legales sino también institucionales”* (Sentencia Constitucional, 1996). Posteriormente, con ponencia del Doctor CARLOS GAVIRIA DÍAZ, al estudiar la constitucionalidad de unos apartes normativos de la ley 228 de 1995, dijo:

“La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por nuestro ordenamiento interno mediante la ley

74 de 1968, en su artículo 10.3 establece: “...El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”. En consonancia con la disposición anterior, el artículo 10 de la ley 63 de 1995 define la finalidad del tratamiento penitenciario en los siguientes términos: “Alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad...”. Para lograr dicho propósito, se ha adoptado un modelo de tratamiento penitenciario progresivo (Título XIII Código Penitenciario y Carcelario), del cual hacen parte los beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaría abierta), y los subrogados penales, que son: la condena de ejecución condicional (art. 68 del C.P.), que podrá ser concedida por el juez cuando la sanción sea de arresto o no exceda de 3 años de prisión, y la libertad condicional (art. 72 del C.P.), que se concede cuando la pena de arresto sea mayor de 3 años o la de prisión exceda de 2, siempre que se cumplan la condiciones de orden subjetivo exigidas por las normas” (Sentencia Constitucional, 1996)

En 1997, al efectuar la revisión constitucional del “Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de Diciembre de 1989 y de la Ley 297 del 17 de julio de 1996 por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo y con ponencia del Magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, dijo que

*“la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad. El objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia”* (Sentencia Constitucional, 1997).

Más actualmente, en el año 2015, mediante sentencia de tutela con ponencia del Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, argumentó que *“de acuerdo con la*

*legislación y la jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, puesto que la figura de la redención de la pena es la materialización de la función resocializadora de la sanción”* (Sentencia de Tutela, 2015).

Nótese que desde la consagración legal, como en los pronunciamientos jurisprudenciales que la explican y amplían, la resocialización de quien delinquiró opera de forma concomitante al cumplimiento de la pena, quiere decir lo anterior, que si lo que se busca es la resocialización del delincuente basados en la normativa penal colombiana, debe primero declararse la responsabilidad penal del imputable, supera el estadio de la punibilidad y dar efectivo cumplimiento a la pena que se imponga; no puede hablarse de resocialización por ninguna otra opción, no se observan posibilidades legales para que los operadores judiciales dispongan la resocialización del criminal sin que haya sido sometido a una pena propiamente dicha.

En el tema que es objeto de este análisis, se trata del juzgamiento de personas que, siendo en teoría imputables en su culpabilidad, en el fondo circunstancial de la realidad de cada caso específico, se trata de mayores de edad que han cometido delitos –siendo mayores de edad- pero que fueron reclutados de manera forzosa por los GAOML desde que eran niños o adolescentes, y en este entorno pasaron buena parte de su vida con total abandono del Estado; ello con la aclaración de que si al momento de su captura tienen menos de dieciocho años, es decir 17 años y medio, o 15, o 17 años y 11 meses, son tratados con un sistema completamente distinto, pero si tienen 18 años cumplidos se someten al régimen de responsabilidad penal de todo colombiano, en igualdad de condiciones procesales y para las mismas consecuencias en cuanto a penas o medidas de seguridad según sea el caso, vale la pena realizar una pregunta y dejarla esbozada al finalizar este capítulo: ¿Es posible intentar o establecer un método de resocialización de estas personas, con mecanismos que no incluyan el ejercicio de la acción judicial penal? Si bien en el capítulo tercero y final de este trabajo se hará la propuesta que da solución a este interrogante, pertinente resulta hacer alusión a un enunciado de KLUG (Citado en JIMÉNEZ HUERTA, Mariano (director), Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho: en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Pannedille, 1970, pp. 35 y ss.) quien manifestó que “...*el autor o delincuente es el centro de todos los esfuerzos para la resocialización. Es él quien debe ser mejorado en la medida de lo posible. Sólo en el caso de*

*que la terapia social no produzca efecto aparecerá el derecho de necesidad de la sociedad que tendrá como consecuencia la privación de libertad u otras sanciones”* (Klug, 1970, pág. 40)

No resulta secreto para ninguna instancia que el cumplimiento de las penas en centros de reclusión oficiales, en poco o nada contribuye a la resocialización del penado, en poco o nada contribuye a que esta persona no reincida en el delito una vez recobre la libertad, son estas circunstancias miedos que asustan a las mismas altas cortes, al respecto nuestra Corte Constitucional, con ponencia de la Magistrada GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO señaló:

“Es imperioso recordar que el esfuerzo por la resocialización del delincuente y por su incorporación a la vida en sociedad después de su castigo, se traduce en beneficios para la comunidad. Por el contrario abandonar tal enfoque hace que el sistema penitenciario y carcelario se convierta en un sistema multiplicador de conflictos que genera más y “mejores” delincuentes (la cárcel como universidad del delito), lo que finalmente termina siendo más costoso para el conglomerado social. (Sentencia de tutela, 2015).

En las cárceles y centros de reclusión de nuestro país, se aplican las normas de redención de pena contempladas en el Régimen Penitenciario y Carcelario en su artículo 82 y 97, que consisten en que por cada dos días de estudio o de trabajo, se deduce un día de la pena que se encuentra purgando el recluso. (Congreso de la República, 1993); estas actividades buscan la resocialización del interno y de paso les generan alguna clase de beneficio económico, pero la realidad dice que tales oportunidades no son de fácil acceso, por el contrario, atendiendo las condiciones de hacinamiento e insalubridad en la mayoría de los casos no se dan, así lo concluye la Corte Constitucional en las sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015, mismas que afirman que “las condiciones en las que se encuentra el sistema penitenciario colombiano no permiten llevar a cabo el proceso de resocialización de los reclusos” (Hernández Jiménez, 2018) y en este sentido, “...al no tener acceso a los mismos, la cárcel se convierte en un lugar apto para el ocio improductivo, que en definitiva ratifica la idea de que el condenado al llegar allí, se gradúa con honores, dentro de un escenario catalogado como la universidad del crimen (...), donde el que no sabe aprende y el que sabe aprende más” (Sampedro Arrubla, 1998).

En estos tres pronunciamientos constitucionales, en los que se realizó un pormenorizado análisis de cifras y datos estadísticos históricos (desde 1938) y actuales para cada sentencia, se dejó al desnudo la crítica situación por las que atraviesa nuestro sistema carcelario.

“El origen de esta sentencia puede situarse en las condiciones de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, que impedían brindarle “medios para la resocialización a los reclusos”. Aquí la Corte analizó la situación carcelaria en todo el país, para concluir que se presentaba un alto grado de hacinamiento que contribuía a la “**DESOCIALIZACIÓN**” de los internos. A partir de lo anterior, la Corporación afirmó que existía un estado de cosas inconstitucional, ya que las condiciones de reclusión atentaban directamente contra la dignidad humana, la vida, la integridad, y otros derechos fundamentales de los reclusos”. (Resaltado fuera del texto original) (Escobar Vélez & Medina Escobar, 2016, pág. 245).

La Corte Constitucional, en su segundo pronunciamiento de 2012 ya referido, dijo que si bien es cierto se entendía que el “Estado de Cosas Inconstitucional” concluido en la sentencia de 1998 se entendía superado, para esta fecha (2012) se entendía como una nueva situación inconstitucional, y aunque se reconoció la construcción de nuevas cárceles en este periodo inter-sentencias, dijo que esa solución no superaba el problema medular, que se requería “menos cárcel” lo que significa menos uso de la sanción penal del uso privativo de la libertad como mecanismo de control social; la Corte explicó que *“la política criminal debe apuntar a un derecho penal entendido como ultima ratio; una política criminal que debe ser ante todo preventiva y propender a la resocialización. Se aprecia, entonces, cómo esta Corporación le otorgó un papel fundamental en la conjuración de la crisis a una política criminal que ha de ser razonable, coherente, proporcional, sostenible y “sensible a los sujetos de especial protección constitucional que vean sus derechos fundamentales comprometidos por el Sistema penitenciario y carcelario”* (Escobar Vélez & Medina Escobar, 2016, pág. 246)

En la sentencia de 2015 nuevamente se arribó a la misma conclusión, las exigencias de cupos desbordaban la capacidad de las cárceles en Colombia, y el hacinamiento y las condiciones de presidio atentaban contra la dignidad humana; “El alto tribunal declaró que la política criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, incoherente y

subordinada a la política de seguridad; argumentó lo anterior con un análisis de las principales complicaciones que se viven a diario en los centros en donde permanecen reclusas las personas privadas de la libertad. (Legis - Ámbito Jurídico, 2016).

Como se puede observar, estos pronunciamientos del alto tribunal constitucional colombiano, refuerzan lo que se viene argumentando en el sentido de que el sistema carcelario y las penas privativas de la libertad no son la solución más conveniente ni siquiera para la mayoría de los casos de criminalidad común en Colombia, con mayor razón debería ser considerado este aspecto para excluir de este tratamiento judicial a estas personas de que trata este trabajo, evitando así procesarlos y condenarlos para finalmente ser reclusos en estas “universidades del mal” donde no se dan siquiera las condiciones mínimas de dignidad humana, de salubridad y descanso por ejemplo, ni mucho menos la implementación de estudio y trabajo como medio resocializador, siendo que por el contrario son combinados con otros condenados de toda clase, y generando en últimas, que al momento de cumplir su condena, o de recuperar salir de estos sitios por libertad condicional u otra circunstancia, lo hagan en peores condiciones a las que ingresaron, desvinculados de sus familias y entorno social casi siempre rural, a sus medios de trabajo artesanal, muchos de ellos sin estudio siquiera de primaria completo, etc. situaciones con las cuales el aporte que se le hace a estas personas es poco, por no decir en todos los casos: contraproducente.

### **CAPÍTULO III.**

#### **NO PUNIBILIDAD: ENTRE LA CRIMINOLOGÍA Y EL PERDÓN**

El reclutamiento ilícito de menores es “es una de las formas de explotación más detestables y crueles, cuya gravedad deviene del hecho de tratarse de un delito cometido contra un grupo de personas que se encuentra entre los más vulnerables y que merece especial protección” (Corte Suprema de Justicia, 2012), y partiendo de la base del horrible escenario que ofrece la guerra, afecta justamente a los más desprotegidos en mayor proporción que a los mismos combatientes, en medio de un teatro de operaciones nefasto en el que predominan la ley del más fuerte, la sangre propia y ajena, la vida sin valor del otro, etc. Escenario en el que “se producen la mayor cantidad de vejaciones que sociedad alguna hubiera podido imaginar, dirigidas casi todas a personas integrantes de las esferas más vulnerables de la comunidad, por su pobreza, ubicación geográfica, falta de acceso a la educación, empleo digno, vale decir, reales oportunidades de ascenso social” (Corte Suprema de Justicia, 2010). No solo para Colombia sino que por tratarse de una práctica recurrente en los conflictos armados de distinta índole global e históricamente “Las cifras exactas son difíciles de encontrar, pero las estimaciones citadas por Unicef dicen que hay hasta 250.000 niños soldados en todo el mundo” (Deutsche Welle, 2019).

En tratándose de semejante despropósito de la humanidad en la que “La participación de menores de edad en los conflictos armados es una de las mayores vergüenzas de la humanidad en tanto en ella se aprecia la trasgresión del principio ético del hombre como auto fin en sí mismo, y se proyecta como en ningún otro caso con tanta intensidad, la utilización del hombre como medio al servicio de los intereses de otros; con la gravedad de que se usa a personas que aún no han alcanzado el desarrollo necesario para poder decidir con la madurez y juicio reflexivo aconsejables en la determinación de vincularse a un grupo armado. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2010, pág. 51); no puede el Estado colombiano continuar indiferente

ante una realidad tan innegable que ha acompañado el diario vivir de nuestra nación y judicializar a los ex miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley como si se tratase de personas en normalidad de circunstancias, de adultos que decidieron en el pleno uso de sus cinco sentidos ejercer la criminalidad como un modo de vida, por supuesto que a esa población ya de por cierto victimizada desde su primera niñez, debe dársele un tratamiento especial que implique el no sometimiento a las autoridades judiciales. De todos estos menores así incorporados a esas filas, bien de forma voluntaria –aunque sin conciencia como se explicó-, o bien de forma realmente a la fuerza –abierta y explícitamente contra su voluntad-, por todas estas circunstancias “se infiere que todo reclutamiento por grupos armados es forzado, por aparente que sea el voluntario” (Ortiz Jiménez, 2017).

Siendo una realidad que tanto los menores como los mayores de edad que salen de las filas de estas agrupaciones por cualesquiera motivos, y se encuentran a disposición de las autoridades para que se decida su futuro jurídico y judicial, siendo los primeros objeto de procedimientos administrativos propios del Código de Infancia y Adolescencia y los segundos procesados judicialmente bajo las previsiones de la legislación penal, se pretende entonces argumentar las razones para que, en estos casos, se tenga una vía alternativa, una posición jurídico política que permita asumir estos casos como situaciones excepcionalmente particulares, para que el Estado actúe como en realidad corresponde, esto es, bajo la égida que otorga el estado social de derecho.

A pesar de lo injusto que para muchos pueda parecer, que a exguerrilleros de las FARC no sean sometidos a pena judicial alguna por una o varias de las conductas por ellos cometidas mientras militaban en esa agrupación, en este capítulo se consignarán las razones por las cuales se considera que a aquellos guerrilleros que fueron capturados o se entregaron voluntariamente a las autoridades, y que fueron víctimas de reclutamiento forzado siendo menores de edad, si bien es cierto cometieron conductas que a la luz del derecho penal se observan como típicas y antijurídicas, no son culpables y no pueden tener culpabilidad a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, siendo que lo que corresponde es someterlos a un proceso de perdón y no revictimización, teniendo en cuenta principalmente que el solo hecho de haber sido víctimas de este delito desde muy temprana edad y separados de la sociedad y de su seno familiar, constituye una clara muestra del abandono del Estado y no puede el mismo Estado por intermedio de su



aparato judicial, entrar a juzgarlos y condenarlos por crímenes que cometieron siendo obligados a realizarlos y adoctrinados en esta cultura delincencial como un modo de vida, siendo esto una forma nefasta de continuar sacrificando aún más la existencia de estas personas.

En este capítulo se expondrán las razones por las que se considera que dejar impunes estas conductas -en principio típicas y antijurídicas- correspondería completamente a criterios de verdadera justicia, teniendo en cuenta de modo particular, que aplicar el peso de la ley a una persona en estas especiales condiciones y circunstancias, no sería otra cosa que una revictimización de su condición, contrariando de esta forma los postulados básicos del estado social de derecho plasmados en el primer artículo de nuestra carta política “Colombia es un Estado social de derecho (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Seguidamente se hará una breve explicación de por qué el perdón debe ser tomado como una alternativa viable para lograr los fines propuestos, para dar tratamiento particular a una situación que no se encuentra reglamentada; se explorará la tesis propuesta por Alpiniano-García en el artículo “El Perdón como acción política”, ya que se considera que los planteamientos allí expuestos sirven indefectiblemente a nuestros propósitos, siendo una herramienta que se pregonaba a diario en los discursos gubernamentales, pero teniendo en cuenta que el perdón en los términos en que en ese artículo es tratado, pareciera que difiere en cierto modo del aquí propuesto, se aludirá a una y otra posición, arribando a la conclusión que no son distintas en su fin sino complementarias, para lo cual se tomarán como adición doctrinaria igualmente, otras fuentes que servirán a nuestros propósitos, de presentar las razones por las que el perdón para estas personas por parte de las víctimas y de las instituciones del Estado, junto a un proceso de rehabilitación y resocialización particular adecuados, responderán completamente al restablecimiento de las condiciones naturales de las que nunca debieron salir estas víctimas del conflicto armado (los que fueron reclutados forzosamente).

En la parte final del capítulo, se hará una reflexión respecto al proceso de paz, el acuerdo final y la forma en que este afecta la posibilidad de aplicar el perdón como un medio para evitar la punición revictimizante a que se viene haciendo referencia; se hará especial alusión a la no

inclusión de este aspecto -las víctimas de reclutamiento forzado como sujetos del derecho penal- y la grave implicación que esta situación representa para todas aquellas personas que se encuentran en tan crítica posición; finalmente se concluirá que este tratamiento especial propuesto, debe ser aplicado por fuera del marco que ofrece este acuerdo final, tratamiento que debe implementarse como una herramienta política, jurídica, social y de solidaridad, para con toda esta población a la que en su momento se abandonó, y de la que ahora pretende sea judicializada sin tener más consideraciones al respecto.

### **3.1. INMUNIDAD PENAL Y PAZ**

El hecho de reclutar menores para ser usados en el conflicto armado colombiano constituye un delito, una conducta digna de reproche penal y así se encuentra establecida en la ley penal interna e internacional -tanto en las normas que componen el DIH como en el Derecho Penal Internacional- (Congreso de la República de Colombia, 2000) y (Congreso de la República de Colombia, 1997); como se dijo en capítulo anterior, no basta con el consentimiento del menor para que dicho acto sea tenido como lícito, ya que se trata de aquiescencias voluntarias pero inconscientes, con la inconsciencia que da la minoría de edad, la niñez misma, las circunstancias de extrema pobreza el abandono del Estado, la preponderancia y dominancia de determinado grupo en la región, etc. “puede ser que la decisión esté influenciada por factores de pobreza, necesidad y carencias de los recursos mínimos de supervivencia. Asimismo, por los referentes sociales, al igual que la influencia que han creado los medios quienes, de una manera casi que subliminal, despiertan la ambición en los NNA respecto los bienes materiales, que al parecer en un país como el nuestro, la adquisición de éstos resulta con mayor facilidad por la vía de la ilegalidad” (Ortiz Jiménez, 2017).

En medio de todo este trágico contexto, hablando en términos de justicia bien sea judicial o social, no cabe referir como posible judicializar a menores reclutados a la fuerza al conflicto armado colombiano y que en la actualidad son infractores de la ley penal, o de adultos que padecieron las mismas circunstancias en su niñez y adolescencia; no se considera siquiera lógico que un Estado persiga penalmente e imponga una sanción penal a una persona que ha padecido la mayor parte de su vida esta gravosa realidad, lo anterior representa un lenguaje y unas prácticas institucionales que deben ser revisadas, si se pretende pregonar un entorno nacional de paz en la sociedad y de una correcta y adecuada integración de las sociedades. ¿Qué concepto de paz puede ofrecer, el hecho de imponer una sanción penal a una persona hoy día mayor de edad, pero que fue reclutada a los 9, 10 u 11 años y fue sometida a entrenamientos y actividades de adoctrinamiento para realizar conductas inhumanas en pro de una supuesta “justa causa” revolucionaria? Ningún concepto de paz sería pregonable a esta persona y a su entorno familiar; por el contrario, sería la práctica de un razonamiento completamente distinto, el de revictimizar a las ya de suyo víctimas del conflicto armado como sujetos pasivos del reclutamiento forzado. Basta imaginar un seno familiar al cual le fue arrebatado hace algunos años uno de sus menores hijos cuando aún disfrutaba de su infancia a los 11 años de edad, menor que nunca tuvo el apoyo del Estado para ser recuperado e insertado nuevamente a la sociedad previo el reacondicionamiento y tratamiento adecuado para el logro de tales fines, un menor que fue cosificado y utilizado para venderle una falsa causa que requería de secuestros, asesinatos, violaciones, extorsiones, masacres y toda clase de vejámenes contra otros grupos de la sociedad, ante la pasividad del gobierno que tan solo se dedicó a combatirlos como si se tratase de criminales con plena intención dolosa y sin más consideraciones que su actual militancia en un grupo de esta naturaleza. Por supuesto que no se trata de uno de los pilares fundamentales de

una sociedad que exige y quiere vivir en paz; estas personas en especial condición deben ser miradas bajo una óptica muy distinta, la óptica con la que deben ser miradas todas las víctimas del conflicto armado, que en lugar de aplicarles el peso del proceso judicial, deben ser recibidos, tratados y resocializados con herramientas institucionales distintas que eviten a toda costa la revictimización de estas personas. Ante esta ineptitud de las instancias gubernamentales y del ente legislativo a través de las leyes para contrarrestar y reducir a cero el reclutamiento forzoso, corresponde por ahora al menos implementar políticas de trato diferenciado y justo frente a estas personas en los términos que tanto se han referido en este trabajo: a dar un trato no judicial sino político, jurídico y sobre todo en el entorno de no revictimización, a quienes fueron reclutados siendo menores de edad a las filas de estas organizaciones en las fueron utilizados como peones de la guerra, o niños soldado como en tantos documentos son referidos hoy día, y que fueran definidos por la ONG Humanium así: “Un niño soldado es un ser humano menor de 18 años de edad que es reclutado por un ejército o un grupo armado o que simplemente participa en un conflicto bélico”. (Humanium, s.f.)

Ya se explicó con anterioridad por qué el punto de atención de este trabajo es el tratamiento institucional que debe darse a los mayores de edad que como infractores de la ley penal, y que hayan sido vinculados a las filas de los grupos ilegales siendo niños o adolescentes; de los menores de edad, si bien es cierto para ellos existen mecanismos que permiten la no punibilidad judicial de quienes se encuentran en estas circunstancias, pero aún son menores de 18 años, no debe olvidarse que la Corte Constitucional en Sentencia de 2005, habiéndoles reconocido la condición de víctimas del conflicto armado a los menores desvinculados, no los eximió de responsabilidades penales, particularmente en esta sentencia, estableció por el contrario unos parámetros que deben ser observados al momento de procesar penalmente a estos

menores; esto dijo como premisa introductoria “Con este fin, la Corte resalta que las siguientes son las condiciones mínimas que deben ser respetadas por todo proceso de juzgamiento de un menor desmovilizado de grupos armados ilegales, para efectos de determinar su responsabilidad penal y adoptar las medidas procedentes, con pleno respeto de la Carta Política y de las obligaciones internacionales de Colombia (...)” (Sentencia Constitucional, 2005). Por resultar del todo pertinente, se cita textualmente lo que al respecto concluyó la Corte frente a la viabilidad de procesar judicialmente a los menores, aun reconocida su condición de víctimas del atroz delito de reclutamiento forzado:

“6.4.3. Lo que es claro para la Corte, es que la exclusión ab initio y general de cualquier tipo de responsabilidad penal para los menores combatientes, con base en el argumento de su condición de sujetos pasivos del delito de reclutamiento forzoso, desconoce la realidad de la conducta de cada uno de estos niños o adolescentes en particular, y presupone que los menores combatientes no cometen hechos punibles durante el conflicto distintos al de formar parte de las filas de grupos armados ilegales y que a lo largo del conflicto no pueden llegar a decidir participar en la comisión de delitos, lo cual también descartaría su responsabilidad por la eventual comisión de delitos atroces. Su condición de víctimas de un crimen de guerra tan execrable como el del reclutamiento forzoso amerita una respuesta enérgica y decidida por parte de las autoridades, orientada a su protección y tutela y a la sanción de los responsables; pero al mismo tiempo, deben considerarse con el cuidado y detenimiento requeridos las diversas conductas punibles desarrolladas por cada uno de los menores, individualmente considerados, durante su militancia en las filas de los grupos armados ilegales y los efectos de tales conductas punibles sobre los derechos ajenos, ya que existen otros derechos implicados –los derechos de las víctimas- que no pueden ser desestimados o ignorados por las autoridades.” (Sentencia Constitucional, 2005)

Bien se trate de menores de edad –sujetos de medidas judiciales alternativas-, o bien de mayores de edad a los que les es aplicable el código penal en su integridad, debe tenerse en

cuenta que algunos se encuentran a disposición de las autoridades por desvinculación voluntaria de las filas de estas organizaciones y otros porque han sido capturados por las autoridades; en todo caso, debe resaltarse que no son pocos los menores de edad que se desmovilizan voluntariamente cuando están próximos a cumplir los 18 años, en palabras de (Springer, 2012, pág. 45) “Más de la mitad de los niños y las niñas que se desvinculan, lo hace justo antes de alcanzar la mayoría de edad, entre los 17 y los 18 años (63%), seguidos por los niños y niñas que se desvinculan entre los 16 y 17 años (29%). Solo una fracción de los niños y niñas se desvincula antes de la 14 años (7%)”. De otro lado, para quienes son capturados y por ende desvinculados a la fuerza de esas organizaciones, por el mismo tratamiento militar, policial y gubernamental que se les da se presenta como “común que por el hecho de haber sido desvinculados a la fuerza deseen regresar a aquel” (Méndez, 2003, pág. 205) en uno u otro caso finalmente, un alto porcentaje de estos menores, pronto alcanzarán su mayoría de edad y posiblemente sean procesados y juzgados como tal ante los estrados judiciales nacionales.

En estos casos, resulta suficientemente victimizante para una persona haber sido reclutado forzosamente siendo menor de edad para ingresar a formar parte de las filas de la guerra en nuestro país, variados son los derechos que se le vulneraron desde su infancia, esto sin contar las vulneraciones que concomitantemente sufrieron sus parientes cercanos:

“la vinculación de menores en los conflictos armados, supone para ellos una amenaza cierta a sus derechos a la vida, integridad, libertad y educación, entre otros. Los niños y las niñas reclutados y utilizados para la guerra, además de ser separados prontamente de sus familias, se ven expuestos al manejo de armas y explosivos; a la práctica de homicidios y secuestros; al abuso sexual, la tortura y el maltrato, así como a todos los demás aspectos perversos de las hostilidades”. Esta situación, por tanto, no está subordinada al tipo de conflicto ni depende del grupo armado que practique el reclutamiento, pues la afectación de los derechos de los menores se produce por el hecho mismo del reclutamiento ilícito

y en razón de la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran estos sujetos de especial protección.” (Sentencia Constitucional, 2005).

¿Qué sentido de justicia tendría el hecho de imponer una sanción penal a una persona que ha sido víctima durante casi toda su vida de la vulneración de sus más importantes derechos fundamentales ante la pasividad del Estado? Huelga afirmar que ninguno. Bien pueden los medios político-jurídicos hacer referencia a la amnistía, al indulto o a tratos preferenciales con penas reducidas a la luz de la Jurisdicción Especial para la Paz, pero ninguna de estas medidas se observa como la más apropiada para estas personas de las cuales el Estado y su gobierno permitieron que fueran instrumentalizados en la guerra y adoctrinados bajo las más macabras prácticas propias de las organizaciones como las FARC y otros GAOML; ni siquiera la amnistía que no otorga pena alguna ya que esta se da cuando se han cometido delitos en el completo sentido de su estructura.

Si lo que se pretende es buscar la paz, la reincorporación y la verdadera reintegración de las sociedades, debe pensarse más allá de las penas reducidas o favorables, más allá de la amnistía misma; se trata es de que la sociedad entera entienda que a esta población en particular se le debe mirar con una óptica distinta, la óptica de que se trata es precisamente no de victimarios sino de víctimas del conflicto armado, de niños que fueron separados de sus hogares y obligados a cometer toda clase de conductas que atentaban y vulneraban variados derechos de los otros asociados e inclusive de ellos mismos; niños que fueron creciendo en este ambiente con la única respuesta del Estado de buscar su eliminación mediante la inclusión dentro de los objetivos militares, de un Estado que no se preocupó por realizar actividades verdaderamente eficientes para impedir que el fenómeno del reclutamiento forzado de menores adquiriera semejantes dimensiones y que se convirtiera en la noticia más cotidiana de todas las noticias; a

estas personas no se les puede medir con el mismo rasero que se mide al adulto que por voluntad y conciencia propias decidió formar parte de las filas de estas organizaciones ilegales porque creía en los ideales que allí pregonaban, o porque simpatizaba con sus métodos y técnicas de vivir el conflicto armado interno etc., por supuesto que no, a estas personas hay que mirarlos con los ojos de una sociedad que los acoge y que no quiere revictimizarlos poniéndolos tras las rejas; una sociedad que entiende la magnitud del problema y que decide traerlos y recibirlos para proveerles una vida en sociedad debidamente reincorporados y resocializados, con verdaderas oportunidades de estudio, trabajo y desarrollo personal, familiar y social, una sociedad que comprende que “La vida social del hombre implica convivir con hechos irreversibles que han causado daños y que perduran en el tiempo...La vida social sería imposible si no existiera el perdón...” (García-Muñoz & García Giraldo, El perdón como acción política, 2016). Aunque puede presentarse discusión en el sentido de que dejar impunes estas conductas por ellos cometidas en su minoría de edad, por salvaguardar sus derechos y garantías desde las ópticas de la política social y criminal del Estado, vulnera concomitantemente los derechos de sus víctimas a tener acceso a la verdad, justicia, reparación y reintegración, está claro que cuando existe pugna entre los derechos del menor y los derechos del adulto, deben prevalecer los primeros por simple discurso de las leyes de la naturaleza humana, pero si esto no bastara, porque así está consagrado en la Constitución (y el bloque de constitucionalidad), las leyes, la jurisprudencia y la doctrina.

Una de las iniciativas para construir una paz efectiva, estable y duradera, consiste en ofrecer a esta población una verdadera oportunidad de salir del medio nocivo en el que se encuentran, recibirlos en la sociedad, resocializarlos y hacer de ellos unas personas distintas, con acceso a las oportunidades y a los medios con los que cuenta todo colombiano, todo



habitante de Colombia en libertad: acceso a los medios de empleo, a las oportunidades de estudio, a la creación de empresa, al emprendimiento en el campo, en la vida artesanal, familiar, laboral y social en todo el sentido que la expresión lo permita, con el agregado que requieren del apoyo económico y de gestión del Estado, generando ambientes propicios tal vez de los que ya existen para las otras víctimas del conflicto armado, como los desplazados, los menores de edad recuperados, los exsecuestrados, y todos lo que son catalogados como víctimas en esta cruda realidad nacional. Solo proveyendo esta inmunidad penal para ellos, puede hablarse de una verdadera paz, de una verdadera integración, de una verdadera justicia.

El perdón de la sociedad, de las víctimas que indefectiblemente forman parte de esa sociedad, se presenta como una de las alternativas si de buscar la paz se trata, esa inmunidad penal que se pretende sea otorgada a quienes han sido víctimas de reclutamiento forzado, solo encuentra un camino expedito si se intenta a través del lenguaje conciliador que ofrece el perdón. Si bien es cierto resulta difícil conceder inmunidad penal a personas que estando en filas de estas organizaciones cometieron cualquier clase y cantidad de atrocidades, su comprensión se hace mucho más fácil si esta se busca entendiendo la realidad que estos hoy ex victimarios vivieron desde su infancia.

Se observa como una regla general, natural y humana, el deseo de resultar impune después de haber participado en las interacciones de un conflicto armado “lo que interesa a los poderosos al cesar sus mutuas violencias por el poder político interno: quedar exentos de toda punibilidad” (García-Muñoz & García Giraldo, El perdón como acción política, 2016); las acciones violentas, algunas veces despiadadas e inclusive atroces, que cuando finalizan las confrontaciones, en no pocas veces se termina con una amnistía general, un acuerdo en el que “todo lo pasado había de quedar perdonado y olvidado” (Belloch, 1951, pág. 174); si bien es

cierto el pregón de “guerra” utilizado por las grandes agrupaciones guerrilleras de Colombia corresponde aun grito político que en poco o nada se transversaliza a la realidad en la que actúan, ha de decirse que para el caso de los guerrilleros que ingresan a fila bien sea de forma “voluntaria” o forzosamente reclutados, sus ideales se encuentran enmarcados dentro de otras perspectivas completamente altruistas en la que se predica la búsqueda del bien general, la justicia social y el bien para todos, pero que en realidad corresponden a intereses eminentemente económicos, ante la realidad de un conflicto generador de exuberantes réditos financieros. Para (Montenegro & Posada, 1995) “la principal causa del aumento del crimen en Colombia es el aumento de los incentivos económicos al crimen, asociados principalmente a la generalización del tráfico de drogas y al petróleo” idea compartida por (Gutiérrez Sanín, 2004, págs. 23,28) quien refiere nuestro conflicto interno como una “guerra codiciosa”, consignando entre otras muchas afirmaciones, que “En el proceso de búsqueda de pruebas para la tesis de codicia, las eventuales evidencias a favor de la naturaleza política del conflicto se han reducido al conjunto vacío”.

Pero como el punto de este trabajo no es discutir ni realizar una crítica al trasfondo económico de la verdadera causa ideológica de la guerra contra la nación por parte de todas estas organizaciones, nos centraremos nuevamente en lo que realmente a este atañe: el tratamiento que las instituciones y la sociedad han de ofrecer a quienes se desvinculan por una u otra razón de las filas de las organizaciones armadas ilegales, cuando se trate de personas que fueron reclutadas forzosamente o con su “voluntad” aunque inconsciente, positivamente exteriorizada. Aunque pese a todo ello también hay que decir, para otros, las razones políticas se tienen por necesarias, comoquiera que “una guerra nunca puede surgir por motivos puramente económicos” (Arnson & Zartman, 2005).

Pero sean las motivaciones realmente políticas, o económicas o una mixtura entre estas e inclusive otras connotaciones, lo cierto es que al grupo base de estas agrupaciones, conformado en proporciones significativas de más del 35% de menores de edad entre niños, niñas y adolescentes; “Durante los últimos dos años, he fotografiado y entrevistado a niños que son o han sido soldados en Colombia. Lo que he encontrado es una crisis latente y acallada que ha destruido la vida de unos 6.000 jóvenes que actualmente están alistados en grupos armados ilegales. Se calcula que entre un cuarto y casi la mitad de los combatientes reclutados son mujeres, algunas de las cuales tienen tan solo nueve años de edad...” (Arredondo, 2016), esto sin contar todos aquellos que no son mencionados en estas estadísticas por que son mayores de edad, mayores de edad se repite, que ingresaron de manera forzada a estas organizaciones y que por variadas razones han permanecido en ellas hasta cumplir 18 o más años.

No se pretende ni desvirtuar ni comprobar, que hablar de inmunidad penal sea lo mismo que referirnos a impunidad, tal vez solo distinga a estas dos acepciones la connotación positiva o negativa que a una u otra expresión se le pueda dar, lo cierto es que lo que se busca, es que tanto la sociedad como las instituciones públicas y privadas, ONGs nacionales e internacionales, comprendan que a estas personas como seres humanos también titulares de derechos, son más víctimas que ninguna otra, víctimas de reclutamiento, víctimas de adoctrinamiento ilegal, de esclavitud para la guerra, de privación de casi la totalidad de sus derechos salvo los que son estrictamente necesarios para su supervivencia y para que represente por decirlo de la forma más real posible, la utilidad que puede ofrecer un instrumento de guerra, víctimas del olvido de la sociedad, víctimas del olvido del Estado.

### 3.2. PERDÓN, PUNIBILIDAD Y ORDEN POLÍTICO

Para partir de lo básico, la Real Academia de la Lengua ofrece como significado oficial para el verbo “perdonar”, se encuentra “Dicho de quien ha sido perjudicado por ello: Remitir la deuda, ofensa, falta, delito u otra cosa” y por el verbo “remitir” ahí utilizado encontramos “Perdonar, alzar la pena, eximir o liberar de una obligación”. (Real Academia Española, 2001)

En la teoría de la punibilidad por su parte, (Reyes Echandía, 1979, pág. 344) menciona que la pena “retribuye y repara”; y (Jiménez de Asúa, 1956, pág. 131 y ss.) la define como lo que “otorga relevancia jurídico-penal a la conducta”, en el ámbito pueden encontrarse acepciones como penalidad, penabilidad, merecimiento de pena y necesidad de la pena (Rodríguez Collao, 1995, pág. 362) siendo que en no pocas ocasiones “los autores suelen pasar por alto esta dualidad de significados, abanderizándose por solo uno de ellos” (Zaffaroni Cattaneo, 1988, págs. 16-17), siendo lo cierto que una definición adecuada y completa resultaría ser, la ofrecida por (Rodríguez Collao, 1995, pág. 363), según la cual, punibilidad es “la cualidad de ser sancionable penalmente una conducta, que en abstracto va implícita en todo delito, como a la concreta posibilidad de imponer pena al autor de un hecho delictivo”. En estos términos queda suficientemente claro, que la punibilidad a que se hace referencia en este trabajo, es aquella que representa la posibilidad legal de imponer una pena a una persona por una conducta delictual (delito en el entendido de la conducta típica, antijurídica y culpable), es el merecimiento de la sanción penal que una persona natural soporta, cuando en el caso particular se han demostrado todos los elementos de la estructura dogmática del delito, y no existen razones para que sea excluido de tal merecimiento, quedando solamente pendiente el tema de la dosificación de la respectiva pena.

Como tercer concepto interrelacionado en este aparte encontramos al “orden político”, concepto que ha de entenderse como el resultado mismo de la amalgama de conceptos como constitución política, Estado, representación política, fuerza pública, soberanía, poder, etc. que finalmente ofrecen un fenómeno abstracto que representa una “normalidad” ordenada o desordenada que rige en la cotidianidad de un entorno social; concepto político –jurídico si se quiere- que ha mutado de la axiología propia de las ideas teológicas hacia conceptos más de convivencia basada en un sistema que pretende satisfacer necesidades mutuas; para (Fueyo Álvarez, 1960, pág. 58) Desde mediados del siglo XIII se desarrolla una tendencia que progresa irresistiblemente en el sentido de contemplar el orden político cada vez menos como “comunidad orientada a la salvación” y cada vez más como orden ideológicamente orientado al sistema de necesidades promovido por la convivencia y al sistema de valores que le es inmanente”. En términos actuales, orden político podría definirse entre tantas definiciones que pueden encontrarse, como aquel que resulta de la “legitimidad de la institucionalidad frente a los asociados” concepto que a criterio de este autor, enmarca el reconocimiento y respeto que la población –y sus autoridades- tienen respecto de las instituciones políticas, jurídicas, sociales, etc. de esa misma sociedad y de sus relaciones con otras sociedades. (Negro Pavón, 2003) expone una definición que se ofrece como apropiada y ajustada a la realidad actual cuando dice “La institución del orden político - el régimen político - constituye el objetivo automático, inmediato de la Política y lo Político mediante el mando político y la correlativa obediencia política: el orden político no es fruto exclusivo del mando, sino que requiere la colaboración más o menos activa del grupo o parte de él”.

En lo que respecta a este tema, corresponde ahora esbozar unos breves pensamientos respecto de la relación que existe y debe existir entre el escenario que puede ofrecer la opción

del “perdón” en lugar de la opción de la “punicción”, y su repercusión en el orden político de una sociedad, pues como se dijo si bien es cierto el orden político implica un reconocimiento y de alguna forma una “sumisión” al poder organizacional y coercitivo de la institucionalidad, relación política de la cual puede surgir –como ha surgido (en Colombia por ejemplo)- que el perdón, siendo un concepto que puede ser implementado como una de las herramientas del gobierno de turno, lo lógico, natural, humano, social y político es que nazca de lo más profundo de la naturaleza de cada individuo y particularmente de las víctimas, para que se constituya en una metodología absolutamente reconocida por el pueblo, y pueda surtir efectos reales y duraderos en una sociedad como la nuestra que ha sufrido por décadas el fenómeno de la violencia entre propios, siendo que el ánimo de venganza y las proclamaciones públicas de “no perdonar” pululan a la orden del día, pero que se presenta como una verdadera opción para superar de una vez por todas este conflicto individual y colectivo que representa esta dualidad de opciones.

Ya se dijo *ut supra* lo que la acepción de perdón puede tener en el lenguaje ordinario y común que ofrece la Real Academia; pero en materia sociopolítica, perdonar encuentra un significado más filosófico, más profundo, de mayor trascendencia y sobre todo, más enriquecido con las características propias de la naturaleza humana, perdonar está en la esencia de la existencia del hombre, implica superar, dejar atrás unos hechos que por naturaleza son irreversibles, el perdón implica la participación directa de las víctimas de los agravios; “En el perdón las víctimas son protagonistas del proceso político y jurídico (...) El perdón solo supone hombres, para los que comprender es «la vía específicamente humana de ser, porque toda persona necesita estar reconciliada con el mundo dentro del que nace y dentro del que, para la

extensión de su unicidad distintiva, siempre permanece extraña. (García-Muñoz & García Giraldo, *El perdón como acción política*, 2016).

Estos autores proponen “El perdón como acción política”, en un marco en el que expone la imposibilidad de ofrecer impunidad a los ex miembros de las FARC en el contexto del proceso de paz, teniendo en cuenta que, además de sacrificar la doctrina jurídico penal colombiana, iría en contravía consecuente de las normas de justicia internacional; en “El perdón como acción política” propuesto, se menciona que la amnistía otorga impunidad a los violentos que buscan el poder político, y mencionan sus autores, citando a (Ratzinger, 2005, pág. 285) que las fuerzas represivas del Estado generan tensiones “contra las cuales resulta un deber moral la insurrección” y, en consecuencia, “los ciudadanos tenemos derecho a defendernos, utilizando las mismas armas empleadas por el represor contra nosotros” (García-Muñoz & García Giraldo, *El perdón como acción política*, 2016, pág. 146) pero tras preguntarse si es viable amnistiar delitos cometidos en el marco del conflicto armado –con connotaciones políticas-, exponen que las razones de la punibilidad, en lo jurídico pasan por el carácter retributivo y reparativo de la pena, que se traduciría a su vez en dar algo que se debe a otro (Ibíd. p. 147) pero al tratarse de cosas no susceptibles de reparación, retribución o devolución porque ya hay un daño causado, la pena carecería de sustrato tornándola en imposible, lo que conllevaría indefectiblemente a la amnistía o impunidad, si no fuera porque se trata de una tesis que no es aceptada en el mundo moderno, siendo que finalmente en las doctrinas actuales se propenden por acoger la doctrina de la punibilidad, en virtud de la cual al Estado le corresponde imponer penas para compensar a los agraviados y a la sociedad por la conducta penalmente reprochable. (Ibíd. p. 147-148 y 149). Partiendo de la base de que hay daños irreparables generados por el hombre que busca por medios violentos el poder político y que estos daños irreparables son inhumanos, refiere la obra

de Hannah Arendt quien, habiendo sido víctima de totalitarismos raciales, se preguntó “Cómo reparar lo irreparable –causado por acciones inhumanas-?” autora que al concluir la irreversibilidad de la acción humana “incapacidad de todo ser humano para deshacer lo hecho aunque no supiera, ni pudiera saber; lo que estaba haciendo” (Arendt, *La Condición Humana*, 2005, pág. 256) y por tratarse entonces de actos con consecuencias y efectos irreversibles y que perduran para siempre, el perdón aparece como la única opción, concluyendo que “ la vida social resulta imposible sin la existencia del perdón: «el perdonar, sirve para deshacer los actos del pasado (...)» (Ídem.) en este sentido, el perdonar estos actos nos permitiría vivir en “libertad” sin hacerlo, “seríamos para siempre las víctimas de sus consecuencias” (Ídem.) Hasta este punto, los autores presentan un punto de vista interesante que recoge la esfera íntima de la humanidad individual; presentan el perdón como una única opción para liberarse de actos inhumanos que atormentan su pasado, y que sin este perdón resulta la persona siendo prisionera de sus propios recuerdos.

En esta línea argumentativa, y tras sustentar por qué la comprensión reviste una condición de presupuesto – no condición sine qua non- para otorgar este perdón liberador, de esos actos inhumanos que no lo son precisamente por atacar y lesionar la humanidad de otros, sino porque atacan y actúan contra la misma humanidad de su autor, contrarían su humanidad y la destruyen. (García-Muñoz & García Giraldo, *El perdón como acción política*, 2016, pág. 152), esa comprensión surgida del diálogo con sí mismo, produce finalmente una petición de perdón (Arendt, *La Condición Humana*, 2005, pág. 257), perdón que por tratarse del reconocimiento de responsabilidades ante las víctimas, requiere pluralidad de personas –victimario y su(s) víctima(s)- pero como esta petición de perdón implica una exteriorización de vergüenza al admitir sus propias responsabilidades en los hechos, vergüenza que torna difícil pero no



imposible el camino, ya que si se adopta el perdón como acción política, se habrá “cambiado la naturaleza de la política, pudiendo de esta forma convivir en una verdadera paz” (García-Muñoz & García Giraldo, El perdón como acción política, 2016, pág. 155).

Concluyen los autores que los actores del proceso de paz colombiano distan mucho de esta tesis esbozada, ya que el perdón que allí se pregona, es un perdón impuesto mediante normas legislativas y constitucionales redactadas inclusive por los victimarios (Human Rights Watch, 2015). Ante la inviabilidad cada vez más generalizada de aceptar universalmente la amnistía como herramienta jurídico-política que garantiza impunidad a los crímenes cometidos en el conflicto, el perdón como estrategia política aparece en el escenario para permitir igualmente impunidad por estos crímenes, pero sin desconocer los derechos de las víctimas irreparablemente dañados; pero debe tratarse no de un perdón impuesto por leyes o reformas constitucionales, sino que provenga de la individualidad de las víctimas al aceptar perdonar de manera libre u consiente, como del reconocimiento por parte del violento ante sus víctimas de los daños irreparables que les ha causado y de su ánimo de arrepentimiento y de no continuar con actos violentos.

En esta tesis que se acaba de exponer, se encuentran razones de fondo para pensar que, en efecto, una de las condiciones indispensables para que exista sana convivencia en nuestra sociedad, sería lograr que en la mismidad de cada una de las víctimas, y en el gran conglomerado de la Nación por supuesto, se logre insertar y transversalizar en la interioridad tanto de las víctimas como de los victimarios, que de una y otra parte el perdón debe nacer de sus propias profundidades psíquicas, por una parte pidiendo perdón -con el sentir de arrepentimiento, vergüenza y compromiso de no repetición- y por la otra con la exteriorización de la comprensión que ha realizado de los eventos trágicos en su vida, y de la decisión que ha tomado de liberarse

de estos recuerdos perversos que solamente le hacen presa de su pasado, no puede obedecer a criterios políticos impuestos mediante figura alguna, un acuerdo de paz –a manera de ejemplo-

Para (Botero, 2007, pág. 139) “La etimología per (a través de, por medio de) y donar (dar). Ese dar es la ruptura del vínculo criminal, de la ofensa o del daño con el ofendido, quien parece expresar implícitamente: no te cobraré la deuda o la ofensa; pero a través de o por medio de esa donación la remite a su conciencia culpable para que él cargue con la culpa y la deuda que contrae por la donación que ha recibido. La pena es una venganza, no repara el daño ni restaña la herida; el perdón es una abstención de la venganza. El daño está hecho, la culpa está sembrada; cada cual debe vivir con sus méritos y sus culpas”

El anterior extracto representa un punto de vista que ofrece un lenguaje distinto, si bien es cierto no resulta del todo contradictorio a la idea que se viene exponiendo, si resulta con una connotación de alguna forma negativa que cierra las puertas a la verdadera esencia de perdón expuesta en párrafos que preceden; sin embargo es un punto de vista valioso y seguramente compartido por muchos de los asociados, que llama a la reflexión ante el verdadero sentido que debe amalgamar la expresión perdonar, pues de lo contrario se trataría de meras palabras, que al final de cuentas no representarían perdón alguno, si estoy manifestando que la herida queda abierta y es la conciencia del victimario la que no le dejará descansar libremente, la coloquial frase de “yo perdono pero no olvido”, o no me “corresponde perdonar, eso le toca a Dios”.

En otros escritos doctrinarios, como por ejemplo el de (Gallego García, 2016) se dice que el perdón es una situación que corresponde única y exclusivamente a la esfera íntima de las víctimas, y este no puede ser presentado como uno de los objetivos del proceso de paz; tampoco puede imponerse a víctimas o a sus agresores a que perdonen o pidan perdón –tal vez sin pedirlo-

por ley o decreto “Se pide a todos los colombianos que pongan el corazón en paz, que acepten a los guerrilleros como ciudadanos colombianos. Y a la guerrilla, que pida perdón” (Congote Gutiérrez, 2014). “No bastaría con terminar la guerra y con alcanzar el respeto mutuo, la convivencia civil, la reparación a las víctimas y la reciprocidad democrática entre los colombianos, sino que la reconciliación social exigiría rehabilitar a través del perdón tanto a los victimarios como a las víctimas, ambos degradados en su humanidad por la ofensa cometida y padecida” (Gallego García, 2016, pág. 166).

Este perdón entendido como la no punibilidad pero en las proporciones que permitan mantener el orden político, debe nacer del corazón de los asociados “La respuesta ante el horror es una de las últimas facultades de autonomía personal que les queda a las víctimas, con lo cual elegir si perdonan al autor o si retienen la falta es una opción personal que depende de sus creencias, vivencias, emociones y sentimientos. (ibídem. p. 170) si bien es cierto el perdón resulta ser la mejor opción para que exista una verdadera convivencia en armonía, este no puede obedecer a una decisión de unos pocos que hablen o pretendan hablar en voz de toda una comunidad, aunque en la mesa de negociación se encontraban los más altos representantes de las FARC, representantes de las víctimas, ONGs, representantes de entidades públicas y de entidades de orden internacional, veedurías ciudadanas, etc. todas esas personas nunca llegarían a representar el sentir de la totalidad de las víctimas para pretender que los acuerdos de paz buscaran, además de la terminación del conflicto armado, enunciaran también como sus objetivos la paz y la reconciliación del pueblo, habida cuenta de las consideraciones que se acaban de realizar, se repite en este sentido, el acto de perdonar debe corresponder a un acto humano nacido de la mismidad de cada individuo, de su ánimo personal de sanar las heridas de su alma perdonando a sus agresores y para lo cual debe ocurrir de forma concomitante la petición

de perdón por parte del victimario, petición que debe estar acompañada igualmente de un sentimiento legítimo de arrepentimiento y la honesta promesa de no volver a cometer semejantes conductas; de modo alguno se concibe que el perdón pueda ser instituido como un mandato, en el que por la providencia que impone la ejecutoria de una norma, a partir de su promulgación tanto víctimas como victimarios queden ipso facto perdonados y en completa armonía todos, pues ello depende de la esfera personal y de las particulares circunstancias que rodeen cada caso específico.

Estas posiciones argumentativas de proponer el perdón como una alternativa para llegar a la paz social que se busca, se considera viable y con mucho más probabilidades de éxito, si se intenta y pregona pero de aquellos ex guerrilleros que ingresaron a las filas también en condición de víctimas de la organización armada ilegal, como víctimas de reclutamiento forzado, de esclavitud en la selva, de prostitución forzada, de cosificación como carnadas de guerra en su condición de niños soldado; respecto de esta población se considera que sería mucho más ágil y expedito el camino para buscar en buena parte la reconciliación y la reintegración a la sociedad de estas personas, como destinatarias de manifestaciones de perdón nacidas de sentimientos reales por parte de sus víctimas en tanta variedad de delitos que fueron obligados o convencidos de cometer; estas conductas típicas y antijurídicas cometidas por estas personas que fueron incorporadas siendo niños a las filas de las FARC, no pueden tener culpabilidad y por tanto no pueden ser punibles, por el contrario deben ser objeto de aplicación de conceptos superiores como el del perdón para estos “victimarios” que no son más que víctimas del mismo conflicto como se acaba de reiterar, debido a las circunstancias que toda su vida les rodearon, debe reconocerse a ellos este tratamiento jurídico, político y social de especialísimas características, pues no se trata de una situación común y corriente, se trata de personas que si bien es cierto

hoy día son mayores de edad y aparecen imputados, acusados y hasta condenados por la comisión de conductas punibles establecidas en la legislación penal interna colombiana, su actuar debe estar enmarcado en el ámbito de la condición de víctima que formal y materialmente padecen, y no puede ser óbice para la aplicación del perdón que aquí se propone, que ya hayan cumplido su mayoría de edad, pues en nada debería ser diferente un guerrillero que fue reclutado forzosamente en su infancia, y que ahora tiene la calidad de desmovilizado o capturado y que tenga 17 años y algunos meses de edad, a uno que tenga 18 años cumplidos, 20 o tal vez más siendo deber de las autoridades verificar la época en la que este sujeto se incorporó a las filas subversivas, ya que la única circunstancia que le pondría como sujeto del aparato judicial colombiano frente a sus conductas punibles, es que hubiere decidido ingresar a la actividad criminal, después de haber cumplido la mayoría de edad y plena conciencia jurídica, es decir, después de cumplir los 18 años de edad.

Esta tesis encuentra soporte constitucional en la normativa interna que se ha expedido para el tratamiento especial a las víctimas del conflicto armado, así como en las sentencias de constitucionalidad ya citadas en las que no importa si el desplazado o la víctima en general ya no es menor de edad sino que ha adquirido esta en la transición del conflicto, pues en todo caso siguen siendo considerados como víctimas y es ese el punto en el que se hace énfasis si de Estado Social de Derecho se trata.

Es así como al estudiar la constitucionalidad del decreto 891 de 2017, mediante el cual se adicionaba un párrafo transitorio al artículo 190 de la Ley 1448 de 2011 respecto de la permanencia en los lugares transitorios de acogida de los menores de edad que en el curso de la desvinculación que se da en desarrollo del Acuerdo Final el ICBF compruebe su mayoría de edad, hasta cuando se vinculen a la oferta institucional dispuesta de acuerdo con el Programa

Camino Diferencial de Vida, la Corte Constitucional citó entre otros apartes los siguientes: *i. los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, y corresponde a la familia, al Estado y a la sociedad su asistencia y protección. ii. Los menores que son víctimas de reclutamiento forzado en un conflicto armado, han sido de especial interés para la legislación internacional y la interna, así como para las Corte Constitucional, adoptando algunas medidas para evitar o atenuar las consecuencias adversas que el conflicto puede ocasionar sobre los menores. iii. Si bien es cierto todas estas normas y jurisprudencias refieren como requisito el ser menor de edad, es decir, menor de 18 años en Colombia, la ley 1448 de 2011 establece que “una vez estos cumplan la mayoría de edad podrán ingresar al proceso de reintegración social y económica que lidera la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas”. iv. Los niños y las niñas reclutados y utilizados para la guerra, además de ser separados prontamente de sus familias, se ven expuestos al manejo de armas y explosivos; a la práctica de homicidios y secuestros; al abuso sexual, la tortura y el maltrato, así como a todos los demás aspectos perversos de las hostilidades. v. el ICBF brinda la atención especializada a los menores de edad en tránsito hacia la mayoría de edad. Sin embargo, cuando tal presunción se desvirtúa dado a que con posterioridad a la desvinculación se establece que la persona es mayor de edad, no existe una ruta a seguir para la atención de las mismas. vi. Los menores en tránsito hacia la mayoría de edad cuentan con la condición de víctimas de reclutamiento ilícito, que por la naturaleza de sus derechos deben acceder de forma inmediata al restablecimiento pleno de los mismos, sin que aspectos ajenos puedan entorpecer el acceso a los programas diseñados como parte del restablecimiento de sus derechos. vii. Excluir a quienes cumplan la mayoría de edad por el solo hecho de no ser menores de edad, implicaría un ambiente de inseguridad jurídica para ellas, ya que no se tiene definida una regla clara que*

*establezca en qué condición se encuentran y cómo proceder mientras se vinculan, sin solución de continuidad, a los programas de reincorporación económica y social para mayores de edad.* (Sentencia Constitucional, 2017).

Como se puede observar, el solo hecho de ser mayor de edad, es decir de no ostentar la calidad de menor de edad no le despoja su condición de víctima del conflicto armado, luego si los razonamientos para aplicarles el perdón social y político fueran insuficientes, a ellos aunamos estos razonamientos constitucionales que permiten que estas personas continúen abrigadas por la condición que tenían siendo menores, y que no pierden por el solo hecho ineludible de alcanzar la edad de 18 años; **no se trata entonces de un perdón impuesto por un acuerdo o por unas normas jurídicas frías redactadas y promulgadas por iniciativa de autoridades, voceros, y por qué no decirlo, por redacción de los mismos miembros de la organización armada;** se trata de un perdón que nace de la iniciativa personal de los miembros de la sociedad como víctimas de las atrocidades cometidas y que ahora comprenden la realidad vivida por estas personas que también tienen la condición de víctimas y que aparecen como victimarios pero desde un contexto formal mas no material al haber actuado en completo abandono por parte de la sociedad misma y el Estado, sin que sea viable en un Estado Social y Democrático de Derecho, que ahora se les persiga penalmente para buscar una punibilidad por demás absurda e injusta. Se trata de ofrecer y recibir un perdón como parte de un programa del Estado, en el cual se busque reconciliar a la sociedad y no buscar chivos expiatorios de graves conductas que han sido lideradas por otros y que ellos si gozan de total impunidad y amnistía. Retomando entonces lo dicho por (García-Muñoz & García Giraldo, El perdón como acción política, 2016, pág. 156) “se requieren nuevas estrategias y prácticas político-jurídicas que terminen enfrentamientos violentos por el poder político, permitiendo una impunidad similar a

las de las amnistías, sin desconocer los derechos de las víctimas irreparablemente dañadas. El perdón como acción política es una de tales estrategias”.

### **3.3. UN PROCESO DE PAZ INCOMPLETO**

La gestión pacífica de conflictos implica pensar e introducir prácticas culturales que interrumpan la reproducción de la violencia y favorezcan la reparación del tejido social (Cortés, Torres, López-López, Pérez D., & Pineda-Marín, 2016, pág. 19), no puede concebirse que un proceso de paz que no signifique resocialización e integración adecuadas a la sociedad sea un proceso exitoso; uno de los aspectos más importantes, por no decir el que el más importante de todos, es que haya justicia, pero no solamente justicia en el entendido de que los verdaderamente culpables –en términos de derecho penal- paguen o reciban penas públicamente considerativas y acorde a las atrocidades cometidas, “En todo proceso de paz, los actores del conflicto deben transitar por la re-conciliación como camino necesario para llegar a buen término. La categoría reconciliación proviene del latín reconciliare que significa ‘recuperar, hacer volver’. Este concepto va relacionado con otros, como justicia, paz y perdón. (Turriago Rojas, 2016, pág. 173)

Teniendo en cuenta que ni en el acuerdo final, ni en las normas legales que los reglamentaron se hizo referencia a esta población que adquirió la mayoría de edad y que va a ser o está siendo juzgada bajo las normas generales de ese acuerdo, es decir, que son objeto de sanciones penales bajo las normas de la Jurisdicción Especial para la Paz, al encontrarlos responsables de la comisión de crímenes en el marco del conflicto armado, y sin haber considerado que en su niñez o adolescencia fueron víctimas del fenómeno de reclutamiento ilícito o reclutamiento forzado, el proceso de paz adolece de la reglamentación de este aspecto



de vital importancia para toda esta población de ex miembros de estas organizaciones que se identifican con esta especial circunstancia; al carecer de este aspecto se considera que se trata de un proceso de paz imperfecto y que contraría los criterios y lineamientos propios del mismo cuerpo de los acuerdos, en virtud de los cuales se busca “la satisfacción de derechos fundamentales como entre otros los de las víctimas del conflicto a la justicia y la reparación; al derecho de los niños, las niñas y los adolescentes en general y el derecho prevalente de no sufrir la repetición de la tragedia del conflicto armado interno”, así como también menciona que el Acuerdo presta especial atención a las poblaciones y segmentos sociales más vulnerables como son entre otros los niños, las niñas y los adolescentes. (Unidad de Víctimas, 2017)

Pero esta imperfección no es la única que afecta a este proceso y a su consecuente acuerdo final; el acuerdo final fue titulado como de “terminación del conflicto” expresión que resulta inadecuada, comoquiera que hace referencia a la eliminación del conflicto, y el conflicto como modo de interactuar los seres humanos –como distintos que son unos de otros- es la esencia de los órdenes sociales (García-Muñoz & García Giraldo, Colombia: ¿un peligroso lenguaje de paz?, 2017), eliminar este conflicto “sería eliminar estos o transmutar la condición humana” (Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, 1996, pág. 565), y que a su vez constituye “la esencia del totalitarismo” (ibídem p. 623) castigando o eliminando cualquier forma de individualidad distintiva, de unos rasgos personalísimos que hacen distintos unos a otros y que son precisamente la esencia de toda sociedad; un sistema político, y más uno democrático en un Estado Social de Derecho, no puede predicar una idea de semejante magnitud, es posible que se haya tratado de una ligereza o descuido en la redacción del título de este proceso y su acuerdo final, pero, en todo caso, no debe dejarse de lado, nunca, que “el sentido de la política consiste en profundizar el conflicto, más que en eliminarlo. En promover la alteridad o pluralidad de

singularidades interactuantes para que exterioricen sus plurales mismidades o vocaciones” (García-Muñoz & García Giraldo, Colombia: ¿un peligroso lenguaje de paz?, 2017, pág. 246).

En adición a lo anterior, este acuerdo final fue sometido a la aprobación de la población votante colombiana, y le Congreso de la República mediante la ley 1806 de 2016 a iniciativa presidencial, aprobó la convocatoria a un plebiscito, y al ser declarada la constitucionalidad de esta ley por parte de la Corte Constitucional, el alto estamento enarboló a modo de soporte basal unos lineamientos respecto al marco y los efectos que deberían caracterizar este plebiscito y sus resultados, diciendo que su naturaleza es eminentemente política, y que se concentra en i) otorgar legitimidad democrática a la implementación del Acuerdo Final; ii) conferir estabilidad temporal al mismo, en tanto el aval ciudadano es obligatorio para el Presidente (...); y iii) prodigar hacia las partes involucradas garantías de cumplimiento de lo pactado en el Acuerdo, precisamente debido a la legitimidad democrática que confiere la refrendación popular (Sentencia Constitucional, 2016). En esta providencia el alto tribunal constitucional expuso con inmaculada claridad, que solo si el resultado del plebiscito era de aprobación, podría darse inicio a la implementación de lo pactado en los acuerdos, en caso de no aprobación, su consecuencia sería la imposibilidad jurídica de hacerlo.

Para el 2 de octubre inmediatamente posterior menos del 40% de los sufragantes acudió a las urnas y, aunque por un escaso margen porcentual, la desaprobación de los acuerdos tuvo la mayoría decisoria, pero teniendo en cuenta que en la sentencia referida en el párrafo anterior en uno de sus apartes mencionó que independientemente de los resultados de este plebiscito, las facultades del gobierno encabezado por el presidente Santos, no se vería afectado en sus facultades de mantener y preservar las condiciones del orden público, lo cual incluía negociar con grupos armados ilegales, tendientes a lograr los acuerdo, se “reinició” una nueva

negociación y modificación de estos acuerdos, supuestamente con modificaciones e inclusiones numerosas, con lo cual se convirtieron los acuerdos rechazados en las urnas en unos nuevos acuerdos esta vez producto de una negociación. (García-Muñoz & García Giraldo, Colombia: ¿un peligroso lenguaje de paz?, 2017, pág. 258); este “nuevo acuerdo” fue aprobado por la Cámara de Representantes” en representación del pueblo, y en diciembre de 2016 se dio inicio a la implementación de estos acuerdos. Tras una accidentada reglamentación tanto de orden constitucional como legal, mucho se dijo respecto al desconocimiento de hitos importantísimos logrados en siglos de historia, el criterio de la Corte Constitucional en un aspecto que resultó neurálgico y que involucró serios pronunciamientos de las FARC, de miembros del Congreso, del alto gobierno nacional entre ellos el mismo Presidente de la República, intentaron por variados métodos y presiones políticas, legales, sociales, de amenazas de rearme mimetizadas en anuncios de inicio de asamblea permanente por parte de todos los miembros de las FARC, etc. razón por la cual el daño a las instituciones, a nuestra tradición jurídica-constitucional, a nuestro “orden social” y al mismo Estado Social de Derecho, encontraron puntos de quiebre no vistos desde décadas atrás, pero que finalmente se impusieron aquellas que propendían por salvar a toda costa la totalidad de los acuerdos y su consecuente implementación, al punto que hoy se encuentran vigentes y en pleno desarrollo, con inmensos bemoles que dificultan afirmar que fueron del todo exitosos, pero que sin duda generaron reducciones en la confrontación armada directa entre las FARC propiamente dicha y las fuerzas institucionales, ello sin tomar en cuenta que por la pobre dinámica de sostenimiento de todos los paquetes de ayuda a la población guerrillera desmovilizada, con lo cual se ha generado la creación de variados grupos de resistencia armada, con claras connotaciones económicas mas no políticas, que desarrollan sus actividades de manera desarticulada y sin un fin común, predominando actividades ligadas

con el financiamiento ilegal, proveniente del narcotráfico, la producción de estupefacientes, la extorsión, el secuestro, etc.

Según (Semana, 2020) las cifras dadas por la ONU respecto del proceso de paz firmado hace 4 años entre el gobierno colombiano y las FARC ofrecen los siguientes datos. “...13.360 guerrilleros están en proceso de reincorporación. Se han retirado 708; 3.065 excombatientes han sido liberados de las cárceles y otros 300 esperan su libertad; 200 exintegrantes de las Farc tienen esquemas de seguridad de alto o mediano nivel y 400 están solicitando ese servicio; 195 excombatientes han sido asesinados; 178 amenazados y 506 líderes sociales han muerto desde la firma del acuerdo de La Habana. Preocupa que solo están financiados 43 proyectos productivos, los que supuestamente iban a ser la columna vertebral de la reincorporación”, lo cierto es que con resultados positivos o negativos para las fechas actuales, para llegar a la implementación de estos acuerdos se acudió a prácticas maquiavélicas de “el fin justifica los medios” no valió la opinión del pueblo en las urnas, tampoco valió la voz de la Corte Constitucional.

Estas breves precisiones respecto de las irregularidades tanto de facto como legales y constitucionales, son apenas una somera muestra de lo imperfectos que estos fueron expedidos para cumplimiento ante la sociedad nacional e internacional; como ya se dijo en un principio, también hizo falta un aspecto importantísimo que refiere precisamente a justicia social, no concibe este autor que en medio de tantos cerebros pensantes, de tantas voces que hablaban por las víctimas, de tantos juristas, diplomáticos, militares, exguerrilleros, guerrilleros activos, fiscales, etc. ni siquiera una sola voz hubiera hecho referencia a la suerte que debería correr este grupo de jóvenes que en su condición de víctimas del conflicto armado al ser objeto de reclutamiento forzado algunos desde los seis o siete años de edad, sean victimizados

nuevamente sometiéndolos a penas privativas de la libertad sin tener más factores en cuenta que los realización de conductas típicas y antijurídicas –en algunos casos con características objetivas de culpabilidad-, olvidando todo un triste pasado en que solo han conocido la voz de mando de los líderes guerrilleros, los sonidos de la metralla, la esclavitud sexual, etc.

Como se anotó en el apartado 1.3 de este documento, en variados apartes se habla de los derechos inalienables e intangibles de los menores de edad a la justicia, la reparación, la resocialización, la educación y todos los otros que especialmente confiere la Constitución Política y la normativa interna e internacional. Veamos con algún detalle lo que al respecto se dijo en el cuerpo del Acuerdo Final donde pueden leerse frases como:

- Es necesario reconocer a todas las víctimas del conflicto, no solo en su condición de víctimas, sino también y principalmente, en su condición de ciudadanos con derechos.
- Cualquier discusión de este punto debe partir del reconocimiento de responsabilidad frente a las víctimas del conflicto. No vamos a intercambiar impunidades.
- Los derechos de las víctimas del conflicto no son negociables; se trata de ponernos de acuerdo acerca de cómo deberán ser satisfechos de la mejor manera en el marco del fin del conflicto.
- La discusión sobre la satisfacción de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto, requiere necesariamente de la participación de las víctimas, por diferentes medios y en diferentes momentos.
- Las víctimas tienen derecho a ser resarcidas por los daños que sufrieron a causa del conflicto. Restablecer los derechos de las víctimas y transformar sus condiciones de vida

en el marco del fin del conflicto es parte fundamental de la construcción de la paz estable y duradera.

- Uno de los objetivos de la satisfacción de los derechos de las víctimas es la reconciliación de toda la ciudadanía colombiana para transitar caminos de civilidad y convivencia.

En fin, extensa es la lista de referencias que el texto de los acuerdos trae respecto a los derechos de las víctimas y de su importancia si de buscar una paz estable y duradera se trata; pero al momento de hacer referencia al tratamiento judicial de los guerrilleros que se desmovilicen y que sean mayores de edad, se limitaron a reglamentar el Sistema integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, SIVJNR, sistema en el marco del cual se hace referencia de manera más que exhaustiva a la condición de víctima y los derechos que a ellas les corresponde en virtud del acuerdo, uno de sus objetivos principales es el de satisfacer los derechos de las víctimas a la justicia y la protección de sus derechos; para ello se establecen variedad de medidas entre ellas la amnistía y el indulto para delitos de rebelión y otros delitos políticos y conexos; respecto de los delitos no amnistiables ni indultables, establece su sometimiento a la JEP, la sustracción de menores y el reclutamiento de menores como conductas punibles, no se encuentra incluidas como delitos amnistiables o indultables.

En todo caso, para quienes se desmovilicen y reconozcan verdad y responsabilidad ante el sistema, y solo si lo reconocen, tendrán derecho a que se les imponga una pena que en ningún caso será inferior a cinco años de prisión ni superior a ocho años, inclusive en los casos en los que se presenten concursos de delitos. Con ello se quiere significar, que para que una persona de estas, que por no ser menor de edad entra en el grueso grupo de ex guerrilleros llamados a responder penalmente por la comisión de delitos no políticos ni conexos a ellos, deben mandatoriamente acogerse al sistema aceptando responsabilidades ante el sistema,

responsabilidades, que no podrían ser otras que las que como víctimas les corresponde, pero al haber guardado silencio el acuerdo final respecto de ellos que fueron ilícitamente reclutados siendo menores, lo que resulta como único camino es acogerse al sistema y aceptar esta responsabilidad que se les exige, y no precisamente para quedar excluidos de pena, sino para que se les imponga una pena mínima de cinco años en el mejor de los casos; esto incluye las sanciones alternativas para infracciones muy graves, que con seguridad también fueron por ellos cometidas, pero se itera nuevamente, en su condición de víctimas como sujetos pasivos del reclutamiento forzado al que fueron sometidos en su infancia o adolescencia.

Tomando este referente punitivo atenuado y especial como base, que impone sanciones penales de privación efectiva de la libertad a quienes fueron víctimas de reclutamiento forzado y en casi todas las ocasiones forzadas a cometer toda clase de delitos contra la población en general y la infraestructura nacional, se considera que estamos frente a un proceso de paz incompleto, un proceso de paz que dejó por fuera a miles de víctimas a quienes les desconocieron la totalidad de sus derechos que como tal le correspondían, dándoles por el contrario un tratamiento de guerrilleros comunes, como si se tratase de personas que con mayoría de edad y en pleno uso de sus facultades y su conciencia, hubieren decidido ingresar a las filas de estos grupos ilegales, para dedicarse a seguir la causa subversiva con las implicaciones al margen de la ley que ello comportaba.

Para traer a colación un ejemplo gráfico por decir lo menos pero sobre todo real, se cita el relato que hizo “Valentina” cuando rindió declaración ante la Defensoría de Villavicencio el 18 de abril de 2018 quedó registrado en la Resolución Nro. 2018-34360 del 28 de mayo de 2018 mediante la cual se le negó la inclusión en el RUV. (Sentencia de Tutela, 2019).

“Eso fue el 19 de agosto de 1999, cuando pasaron por la casa varios (grupo armado), no sé cuántos, pero a la casa entraron cinco hombres armados, golpearon a mi mamá. Ese día acabábamos de llegar del colegio con mi hermana, nos encerraron a las tres en una pieza, golpearon a mi mamá porque ella les pedía que no nos hicieran daño, que nosotras éramos unas niñas, le pegaban (...). Recuerdo que el día 9 de agosto de 2001, cuando regresaba a la casa, llegaron tres manes en una camioneta negra, yo iba con una amiga y a las dos nos alzarón y nos subieron a la camioneta, menos mal que mi hermanita no había llegado de la escuela y si no nos alzan a las dos. Ese día estaba mi mamá en la casa y esos hombres le dijeron que no fuera a decir nada porque si ella hablaba, nos mataban porque ya sabían a dónde quedaba la casa. Ese día me reclutaron con mi amiguita del colegio los (grupos armados) yo tenía 14 años y ese mismo día nos llevaron para Puerto Berrío Antioquia, allá me pusieron a un volteo terrible, recuerdo que lloraba y ellos me decían ‘(...)’. Ellos me tuvieron hasta el día 05 de diciembre del año 2005 que se (...), porque allá no podíamos pedir la baja porque nos mataban. Mi mamá no denunció cuando me reclutaron, porque le daba miedo, temor a que esos hombres vinieran y la mataran o se llevara a mis hermanos, pobrecita mi mamá sufrió mucho por todo lo que nos pasó y cuando me reclutaron ya mi mamá era madre cabeza de hogar, era sola para todo”

Otro caso: Juanita Barragán, tolimense ex guerrillera de las FARC, donde conoció lo que viven las niñas y niños reclutados por la guerrilla:

“Hay unos frentes móviles que están por todo el país y la exigencia a nivel físico es máximo, diferente a un frente que está establecido en un territorio y que tiene un corredor por donde se movilizan. También depende de las cosas que el niño tenga que hacer, pero en general en la guerrilla a los niños los ponen a prueba y, de esta manera, saben o no si sirve para la guerra. Hay pruebas tan difíciles como matar a alguien, por ejemplo. A otros les tocó fusilar a algún compañero por saltarse un reglamento...” (Unidad de Víctimas, 2017)

A esta clase de víctimas es a las que se viene haciendo referencia, se trata en este caso de una víctima de reclutamiento forzado de una organización de auto defensa, pero bien es



sabido que son cientos los casos similares que se presentan al interior de las FARC EP. No puede hablarse de un proceso de paz exitoso si se ha excluido a estas víctimas de las consideraciones especiales de justicia que tantas veces se pregonan en el texto del documento final.

Es un hecho actual y cierto que el reclutamiento forzado de niños y adolescentes se presenta como una práctica común y una herramienta de la guerra interna que vive nuestro país, al Estado le corresponde asumir el rol de garante de los derechos de estas personas en su condición de víctimas del conflicto, y no ampararse en el frío texto de una norma legal para dar a ellos un tratamiento ordinario.

Un panorama muy distinto estuviera viviendo el país, si se hubiese considerado víctimas a quienes fueron reclutados de manera forzosa durante su niñez o adolescencia para el conflicto armado; si esta hubiera sido una de las reglas de desmovilización y dejación de las armas con total seguridad puede afirmarse que la proporción de desmovilizados hubiera sido diametralmente opuesta: es muy distinto que una persona deje la actividad guerrillera para ponerse a disposición de las autoridades, cuando, habiendo sido víctima de reclutamiento forzado en su infancia, ahora que es mayor de edad se le reciba por parte del Estado para acreditar y comprobar su calidad de víctima, y en tal sentido obtener acceso a los programas que tiene implementado el gobierno, a que esa misma persona se entregue para ser sometida a un proceso judicial que aunque especial, le exigirá reconocimiento de responsabilidad que por demás se realiza sin cualificación alguna (responsabilidad objetiva), y en el que se le impondrá en el mejor de los casos una sanción penal de entre cinco y ocho años, sin que le sea dada la posibilidad de alegar que fue incorporado a estas actividades ilícitas a la fuerza, sin conocimiento, sin voluntad, sin conciencia.



## CONCLUSIONES

El menor que edad comete uno o más delitos en Colombia encuentra –al menos legalmente- un respaldo por parte del Estado al momento de ser analizada su conducta, ya que se encuentra claramente definido su eventual grado de responsabilidad y tratamiento judicial o administrativo según se trate de un menor de 14 años o de uno entre los 14 y los 18 años de edad no cumplidos; una vez cumple la mayoría de edad, las conductas delictuales que se le imputen, son procesadas bajo tal condición, sin un miramiento distinto al que ofrece este parámetro, con los factores de imputabilidad y punibilidad que le serían aplicados a un adulto que en condiciones sociales de normalidad de los centros urbanos o rurales de nuestra sociedad.

Una persona que desde muy temprana edad en su niñez ha sido víctima del delito de reclutamiento forzado e ingreso a filas de una organización armada ilegal como para el caso de estudio las FARC a manera de ejemplo, ha sido separado de su entorno familiar, social y educativo, siendo sometido a toda clase de vejámenes y explotación personal, alejado de medios de educación formal desde sus primeros años y, por el contrario, obligado a recibir adoctrinamiento y entrenamiento subversivo y de tácticas propias de la guerra de guerrillas, además de participar activamente en las actividades ilícitas que les proveen a estos grupos armados fuentes clandestinas de financiación, como la minería ilegal, el narcotráfico, el secuestro, la extorsión, etc.

Con el presente trabajo se exploró la situación de estos menores a la luz de la legislación colombiana y el bloque de constitucionalidad; igualmente se delinearon los planteamientos para argumentar que los mayores de edad desmovilizados de la guerrilla de forma voluntaria o por captura de las autoridades públicas, que desde su infancia fueron incorporados a esa u otras

organizaciones armadas ilegales, y en ellas pasaron casi la totalidad de sus vidas, sus comportamientos o conductas típicas, antijurídicas y eventualmente culpables, deben ser analizadas desde la óptica de la no punibilidad acudiendo a criterios tanto de políticas gubernamentales como sociales, que involucren entre otros aspectos el perdón, en razón a las especialísimas circunstancias por las que han atravesado, y evitar así que tras haber sido olvidados por la sociedad y el Estado, sean ahora revictimizados con largos procesos penales y sometimiento a sanciones penales privativas de la libertad, cuando en toda su vida jamás tuvieron una opción distinta a la que les fue obligado aceptar, en la clandestinidad de la selva y bajo el gobierno irregular que constituyen los líderes criminales de estas organizaciones.

En un apartado final se plantean algunas falencias que presentó el proceso de paz colombiano y su consecuente Acuerdo Final, en el que tampoco se hizo alusión a esta población desfavorecida, y a pesar de referir en variadas oportunidades los derechos superiores de las víctimas del conflicto armado colombiano, nada se dijo de toda esta población que fue víctima durante toda su vida de toda clase de suplicios, y que ahora son dejados disposición de las autoridades para que sean sometidos a procesos penales en la normalidad de las circunstancias.

## REFERENCIAS

- Acosta Galvis, M., Gabrysch, J., Góngora, M., & Diaz, H. (2007). *Experiencias de jóvenes excombatientes en proceso de reintegración a la vida civil en Bogotá D.C.* Friedrich Ebert Stiftung.
- Agencia para la Reincorporación y la Normalización. (s.f.). *Términos y Siglas*. Recuperado el 16 de agosto de 2020, de <http://www.reincorporacion.gov.co/es/atencion/Lists/Trminos%20y%20Siglas/AllItems.aspx>
- Arendt, H. (1996). *The Origins of Totalitarianism*. New York: Shoken Books.
- Arendt, H. (2005). *La Condición Humana*. Barcelona: Paidós.
- Arnson, C., & Zartman, I. (2005). *Rethinking the Economics of War: The Intersection of Need, Creed, and Greed*. London: Woodrow Wilson Center Press with Johns Hopkins University Press.
- Arredondo, J. (7 de septiembre de 2016). *CICR*. Obtenido de Comité Internacional de la Cruz Roja: <https://www.icrc.org/es/document/ninos-soldados-de-colombia-juan-arredondo>
- Asamblea General de Naciones Unidas. (20 de Noviembre de 1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado el 9 de agosto de 2020, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución Política de Colombia. (116). Gaceta Constitucional. Recuperado el 5 de agosto de 2020, de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1)
- Bacigalupo, E. (1994). *Principios de Derecho Penal 3 edición*. Akal/Iure.

- Barbosa Castillo, G. (2002). *Teoría del Delito. Tipo Objetivo. Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Carlos III University of Madrid. Recuperado el 15 de noviembre de 2020, de [chrome-extension://oemmnndcbldboiebfnladdacbdbfmadadm/https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado\\_beccaria\\_hd32\\_2015.pdf?sequence=1](chrome-extension://oemmnndcbldboiebfnladdacbdbfmadadm/https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1)
- Belloch, C. J. (1951). *"Historia de Grecia" en Varios, Historia Universal dirigida por Walter Goetz, vol. II*. Madrid: Espasa Calpe.
- Botero, D. (2007). El perdón: entre razón y no razón. En A. C. académico), *Cultura política y perdón* (págs. 135-142). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Ariel.
- Bustos Ramírez, J., & Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Trotta.
- Castellanos, H. G. (2010). *Teoría del Delito*. Bogotá D.C.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2017). Una guerra sin edad. *Informe nacional de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes en el conflicto armado colombiano*. p. 67. Panamericana.
- Congote Gutiérrez, N. (12 de julio de 2014). La reconciliación requiere pasos de la guerrilla y de la sociedad. *El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14241917>
- Congreso de Colombia. (26 de mayo de 1873). Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Código Civil*.

Congreso de Colombia. (5 de octubre de 1977). Por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años. *Ley 27 de 1977*. Recuperado el 8 de agosto de 2020, de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0027\\_1977.htm#:~:text=Por%20la%20cual%20se%20fija,DECRETA%3A&text=Para%20todos%20los%20efectos%20legales,y%20ocho%20\(18\)%20a%C3%B1os](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0027_1977.htm#:~:text=Por%20la%20cual%20se%20fija,DECRETA%3A&text=Para%20todos%20los%20efectos%20legales,y%20ocho%20(18)%20a%C3%B1os).

Congreso de la República. (19 de agosto de 1993). Ley 65. *Código Penitenciario y Carcelario*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.

Congreso de la República de Colombia. (4 de Marzo de 1993). Ley 48 de 1993. *Ley 48 de 1993, Art. 14*. Imprenta Nacional.

Congreso de la República de Colombia. (26 de diciembre de 1997). Ley 418. *Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*.

Congreso de la República de Colombia. (26 de diciembre de 1997). Ley 418. *Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C.

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). Código Penal. (44097). (D. Oficial, Ed.) Imprenta Nacional. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)

Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 2002). Ley 782. *Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones*.

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Ley 1098. *Código de la Infancia y la Adolescencia*. (D. Oficial, Ed.) Imprenta Nacional. Recuperado el 26 de

julio de 2020, de

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1098\\_2006.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html#1)

Congreso de la República de Colombia. (5 de junio de 2009). Ley 1306. *Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el*

*Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados, Diario*

*oficial*(47.371). Imprenta Nacional. Recuperado el 8 de agosto de 2020, de

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1306\\_2009.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1306_2009.html#1)

Consejo Superior de Política Criminal. (s.f.). *Consejo Superior de Política criminal.*

Recuperado el 9 de agosto de 2020, de Política Criminal:

<http://www.politicacriminal.gov.co/Inicio/Organigrama>

Corte Constitucional, C-225 Considerandos num. 12 (Corte Constitucional 18 de mayo de 1995).

Corte Constitucional, C-646-01 expediente D-3238 (Corte Constitucional 20 de junio de 2001). Recuperado el 9 de agosto de 2020, de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>

Corte Suprema de Justicia, 32889 (Corte Suprema de Justicia 24 de febrero de 2010).

Corte Suprema de Justicia, 38222 (Corte Suprema de Justicia 12 de diciembre de 2012).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2010). *El Proceso Penal de Justicia y*

*Paz. Compilación de autos de la Sala de casación penal de la Corte Suprema de*

*Justicia Tomo II.* Bogotá D.C.: Opciones Gráficas Editores Ltda. Recuperado el 25 de noviembre de 2020, de chrome-

extension://oemmndcblldboiebfnladdacbfmadadm/https://cortesuprema.gov.co/corte/w

p-content/uploads/publicaciones/justiciaypazII.pdf



Cortés, Á., Torres, A., López-López, W., Pérez D., C., & Pineda-Marín, C. (2016).

Comprensiones sobre el perdón y la reconciliación en el contexto del conflicto armado colombiano. *Psychosocial Intervention*, 19-25.

Crespo, E. D. (2016). *La antijuridicidad penal y lo injusto penal en Lecciones de Derecho Penal: Teoría del Delito*. San José de Costa Rica: Jurídica Continental.

Cumbre Mundial en favor de la infancia. (30 de septiembre de 1990). Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño. Recuperado el 5 de agosto de 2020, de

[www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/CursosProder2004/Bibliografia\\_genero/UT2/Lectura.2.11.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/CursosProder2004/Bibliografia_genero/UT2/Lectura.2.11.pdf)

Deutsche Welle. (11 de febrero de 2019). *Made for Minds*. Obtenido de

<https://www.dw.com/es/reclutamiento-de-ni%C3%B1os-soldado-en-el-mundo-se-duplica-desde-2012/a-47467641>

El Espectador. (12 de febrero de 2012). *El Espectador.com/noticias*. Obtenido de

<https://www.elspectador.com/noticias/nacional/hay-14000-ninos-soldado-en-colombia/>

El Tiempo. (30 de abril de 2020). *El Tiempo.com/justicia/delitos*. Obtenido de El

[Tiempo.com/justicia/delitos: https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/desmantelan-centro-de-reclutamiento-de-menores-del-clan-del-golfo-490602](https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/desmantelan-centro-de-reclutamiento-de-menores-del-clan-del-golfo-490602)

Escobar Vélez, S., & Medina Escobar, M. R. (2016). Sentencia de la Corte Constitucional T-

762 de 2015, de dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), sobre estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia. M.P.

Gloria Stella Ortiz Delgado. *Nuevo Foro Penal Vol. 12 No. 87*, 244-251.

Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". (2010). *Teoría del Delito*. Bogotá.

Fiscalía General de la Nación. (29 de abril de 2020). *Desmantelan centro de reclutamiento de menores del Clan del Golfo en Ayapel (Córdoba)*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/desmantelan-centro-de-reclutamiento-de-menores-del-clan-del-golfo-en-ayapel-cordoba/>

Frank, R. (2000). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Buenos Aires: B de F.

Freudenthal, B. (2003). *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*. Buenos Aires: B de F.

Fueyo Álvarez, J. (1960). Orden político y norma constitucional "La filosofía del orden político, de la metafísica al nihilismo". *Revista de estudios políticos*, 51-86.

Gallego García, G. M. (2016). Perdón y proceso de paz en Colombia. *Nuevo foro penal Vol. 12 No. 87*, 159-180.

García-Muñoz, J. A., & García Giraldo, A. I. (2016). El perdón como acción política. *Cultura Latinoamericana, Vol 23 Núm. 1*, 145-157.

García-Muñoz, J. A., & García Giraldo, M. I. (2017). Colombia: ¿un peligroso lenguaje de paz? En L. P. Scocozza (Ed.), *Democracia y procesos políticos en América Latina y Europa* (págs. 239-279). Bogotá: Penguin Random House.

Goldschmidt, J. (2002). *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires: B de F.

Gómez López, J. (2003). *Teoría del Delito*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley.

Gómez López, J. O. (2001). *Tratado de Derecho Penal Tomo I*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Gómez-Urrutia, M. V. (1999). *La protección internacional de los derechos del niño*. Secretaría de Cultura-Gobierno de Jalisco.

- Gutiérrez Sanín, F. (2004). Criminales y rebeldes: una discusión de la economía política del conflicto armado desde el caso colombiano. *Estudios Políticos*, No. 24, 37-71.
- Hernández Jiménez, N. (2018). El fracaso de la resocialización en Colombia. *Revista de Derecho - Universidad del Norte* No. 49, 1-41.
- Human Rights Watch. (2003). *Aprenderás a no llorar: Niños combatientes en Colombia*. Gente Nueva. Obtenido de <https://www.hrw.org/es/report/2003/09/17/colombia-aprenderas-no-llorar/ninos-combatientes-en-colombia>
- Human Rights Watch. (21 de diciembre de 2015). *Análisis de Human Rights Watch sobre el «Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto*. Obtenido de [www.hrw.org/es/news/2015/12/21/analisis-de-human-rights-watch-sobre-el-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto](http://www.hrw.org/es/news/2015/12/21/analisis-de-human-rights-watch-sobre-el-acuerdo-sobre-las-victimas-del-conflicto)
- Humanium. (s.f.). *Humanium*. Recuperado el 26 de noviembre de 2020, de <https://www.humanium.org/es/enfoques-tematicos/violencia/ninos-soldado/>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (noviembre de 2017). *Dirección de Protección ICBF*. Obtenido de Cálculos del Observatorio de Bienestar de la niñez del ICBF: <https://www.icbf.gov.co/node/31463>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (12 de febrero de 2020). *ICBF fortalece estrategia para prevención de reclutamiento forzado de menores de edad en 104 municipios*. Obtenido de <https://www.icbf.gov.co/noticias/icbf-fortalece-estrategia-para-prevencion-de-reclutamiento-forzado-de-menores-de-edad-en>
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal, parte general*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación 2 ed.* Madrid: Marcial Pons.

- Jiménez de Asúa, L. (1956). *Tratado de Derecho Penal, Tomo V*. Buenos Aires: Losada.
- Kant, I. (1999). *Grundlegung Zur Metaphysik der Sitten (Fundamentación de la Meta-física de las Costumbres)*. Barcelona: Ariel (Edición bilingüe).
- Klug, U. (1970). *Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel*.
- Legis - Ámbito Jurídico. (4 de febrero de 2016). Corte califica la política criminal como populista e incoherente. Bogotá D.C. Recuperado el 16 de noviembre de 2020, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/administrativo-y-contratacion/corte-califica-la-politica-criminal-como-populista-e>
- Lesch, H. H. (1999). *La función de la Pena*. Madrid: Dykinson.
- Linares Cantillo, B. (2007). *UNICEF*. Obtenido de Versión Comentada del Código de la Infancia y la Adolescencia: chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/<https://www.unicef.org/colombia/sites/unicef.org.colombia/files/2019-04/codigo-infancia-comentado1.pdf>
- Liszt, F. (1914-1929). *Tratado de Derecho penal, traducción y adiciones de Quintiliano Saldaña y Jiménez de Asúa, tres vol.*
- Luzón Peña, D. (2011). *Libertad, culpabilidad y neurociencias*. Barcelona: InDret.
- Luzón Peña, D.-M. (1996). *Curso de Derecho Penal - Parte General I*. Madrid: Universitas S.A.
- Lyons, D. (1989). *Ética y Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Méndez, V. (2003). La violencia y el dolor del niño colombiano. *Bioética y Ciencias Sociales*.
- Ministerio de Defensa Nacional. (11 de Octubre de 1993). Decreto 2048. *Decreto 2048 Art. 13*. Diario Oficial 41071. Recuperado el 9 de agosto de 2020, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1390720>

Ministerio de Justicia. (20 de febrero de 1980). Código Penal. Diario oficial No. 35461 art. 34.

Ministerio de Justicia. (s.f.). *Consejo Superior de Política Criminal*. Obtenido de

<http://www.politicacriminal.gov.co/Instancias/Consejo-Superior-de-Pol%C3%ADtica-Criminal/Composici%C3%B3n>

Ministerio de Justicia y del Derecho. (2019). *Lineamientos de Política Criminal*. Obtenido de

[chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Lineamientos\\_de\\_Pol%C3%ADtica\\_Criminal.pdf](chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Lineamientos_de_Pol%C3%ADtica_Criminal.pdf)

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.

Montenegro, A., & Posada, C. E. (1995). *Criminalidad en Colombia*. Coyuntura Económica.

Recuperado el 26 de noviembre de 2020, de <chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/479/1/TFG000442.pdf>

Montoro Ballesteros, A. (2007). El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y

G. Jakobs. *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época Vol. 8*. Murcia.

Negro Pavón, D. (22 de abril de 2003). *ConoZe*. Obtenido de El orden político:

<http://www.conoze.com/doc.php?doc=1766>

Observatorio de Criminalidad. (abril de 2017). *Crimen y Política Pública Criminal. Elementos*

*para la configuración del Obervatorio de Política Criminal*. Obtenido de <chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/CriyPolPubCri.pdf?ver=2017-06-06-094951-850>

Oficina de Área para Colombia y Venezuela. (noviembre de 2002). *La niñez colombiana en*

*cifras*. Obtenido de chrome-

extension://oemmmndcbldboiebfnladdacbdadm/https://www.unicef.org/colombia/sites/unicef.org.colombia/files/2019-09/ni%C3%B1ez%20colombiana%20en%20cifras.pdf

Organización de Naciones Unidas. (25 de mayo de 2000). *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*. Obtenido de Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>

Ortiz Jiménez, W. (2017). Reclutamiento forzado de niños, niñas y adolescentes: de víctimas a victimarios. *Encuentros, Universidad Autónoma del Caribe*, vol. 15-01, 147-161.

Ortiz Monsalve, Á. (1987). *Formación y Desarrollo de la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Romano*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales.

Presidencia de la República. (23 de agosto de 2017). *Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas*. Obtenido de Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/acuerdo-final-para-la-terminacion-del-conflicto-y-la-construccion-de-una-paz-estable-y-duradera>

Presidencia de la República de Colombia. (27 de noviembre de 1989). Decreto 2737. *Código del Menor*. Recuperado el 9 de agosto de 2020, de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_menor.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_menor.html#1)

Ratzinger, J. (2005). *Iglesia, ecumenismo y política*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

RCN Radio. (30 de junio de 2020). *Hay 184 municipios de alto riesgo para los niños*.

Obtenido de Informe del Gobierno advierte alto riesgo de reclutamiento de menores en

184 municipios: <https://www.rcnradio.com/politica/informe-del-gobierno-advierte-alto-riesgo-de-reclutamiento-de-menores-en-184-municipios>

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <https://www.rae.es/drae2001/perdonar> (ver también <https://www.rae.es/drae2001/remitir>)

Reyes Echandía, A. (1979). *Derecho Penal, Parte General*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Collao, L. (1995). Punibilidad y responsabilidad criminal. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI*, 361-370.

Rodríguez Mourullo, G. (1978). *Derecho Penal*. Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general, Tomo I*. Madrid: Civitas.

Ruiz, A. F. (24 de febrero de 2018). Salidas al lío de la justicia penal para menores en Colombia. *El Tiempo*. Recuperado el 9 de agosto de 2020, de <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/alternativas-de-justicia-penal-para-menores-de-edad-en-colombia-186812>

Salazar Marín, M. (2005). *Teoría del Delito*. Bogotá D.C.: Ibañez.

Sampedro Arrubla, J. A. (1998). *Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciario colombiano*. Eguzkilore.

Sandoval Huertas, E. (1982-1984). *Penología Partes General y Especial 1a. Edición*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Semana. (29 de noviembre de 2020). *Semana.com*. Obtenido de Confidenciales, 4 años después del acuerdo de La Habana:

<https://www.semana.com/confidenciales/articulo/cifras-resultados-del-proceso-de-paz-en-colombia-con-las-farc-2020/667502/>

Sentencia C-069, Expediente D-10886 (Corte Constitucional 18 de febrero de 2016).

Sentencia Constitucional, C-261 (Corte Constitucional 13 de junio de 1996).

Sentencia Constitucional, C-430 (Corte de Constitucionalidad 12 de septiembre de 1996).

Sentencia Constitucional, C-144 (Corte Constitucional 19 de marzo de 1997).

Sentencia Constitucional, C-203 (Corte Constitucional 8 de marzo de 2005).

Sentencia constitucional, D-11077 (C-328-16) (Corte Constitucional 22 de junio de 2016).

Sentencia Constitucional, C-181 (Corte Constitucional 13 de abril de 2016).

Sentencia Constitucional, C-379 (Corte Constitucional 18 de julio de 2016). Obtenido de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>

Sentencia Constitucional, C-541 (Corte Constitucional 24 de Agosto de 2017).

Sentencia de Constitucionalidad, C-133 (Corte Constitucional 3 de marzo de 1999).

Recuperado el 10 de noviembre de 2020, de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-133-99.htm>

Sentencia de Constitucionalidad, C-303 (Corte Constitucional 2005).

Sentencia de tutela, T-762-15 (Corte constitucional 16 de diciembre de 2015).

Sentencia de Tutela, T-718 (Corte Constitucional 24 de noviembre de 2015).

Sentencia de Tutela, Tutela T-419 de 2019 Expediente T-7.268.208 (Corte Constitucional 11 de septiembre de 2019).

Sentencia Penal , Proceso 28984 (Corte Suprema de Justicia 19 de mayo de 2008).

Sentencia Penal, 32889 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal 24 de febrero de 2010).



Sentencia Penal, SP5356-2019 (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal 04 de diciembre de 2019).

Sierra, J. R. (2016). La Narcotización del Activismo Guerrillero de las FARC y el ELN 1998-2012. *UNISCI*, 205-233. Recuperado el 9 de agosto de 2020, de <http://www.unisci.es/la-narcotizacion-del-activismo-guerrillero-de-las-farc-y-el-eln-1998-2012/>

Sotomayor Acosta, J. (1996). *Inimputabilidad y sistema penal*. Bogotá D.C.: Temis.

Springer, N. (2012). *Como Corderos entre Lobos. del uso y reclutamiento de niñas, niños y adolescentes en el marco del conflicto armado y la criminalidad en Colombia*. Image Printing.

Trujillo, C. (1974). *Páginas de su vida*. p. 17. El Abejón Mono. Recuperado el 9 de agosto de 2020, de <chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbdmfmadadm/https://www.farc-ep.co/pdf/CIRO-PAGINAS-DE-SU-VIDA.pdf>

Turriago Rojas, D. G. (2016). Los procesos de paz en Colombia, camino ¿a la reconciliación? *Actualidades Pedagógicas*, 159-178. Obtenido de <chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbdmfmadadm/https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1302&context=ap>

UNICEF. (2007). *Informe anual 2006 Colombia*. p. 11. Obtenido de UNICEF Colombia: <https://www.unicef.org/colombia/sites/unicef.org.colombia/files/2019-09/Informe%20anual%20Unicef%20Colombia%202006.pdf>

UNICEF. (s.f.). *UNICEF Colombia*. Obtenido de <https://www.unicef.org/colombia/situacion-de-la-infancia>

Unidad de Víctimas - Crónicas. (s.f.). *En la guerra, no todo lo que parece bueno, lo es.*

Obtenido de <https://www.unidadvictimas.gov.co/especiales/especial-ninos/cronica.html>

Unidad de Víctimas. (23 de agosto de 2017). Obtenido de

<https://www.unidadvictimas.gov.co/es/acuerdo-final-para-la-terminacion-del-conflicto-y-la-construccion-de-una-paz-estable-y-duradera>

Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General 4 ed.* Bogotá: Conlibros.

Von Liszt, F. (1882). *La idea del fin en el derecho penal*. Comares: Comares.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Alemán Parte general*. Buenos Aires: Roque de Palma.

Welzel, H. (2002). *El nuevo sistema del Derecho penal*. Buenos Aires: B de F.

Zafaroni, E. (2000). *Derecho Penal Parte General*. Ediar.

Zafaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal, Parte General*.

Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni Cattaneo, E. (1988). *Tratado de Derecho Penal Tomo V*. Buenos Aires: Ediar.

Zugaldía Espinar, J. M. (1993). *Fundamentos de Derecho Penal 3 ed.* Valencia: Tirant lo

Blanch.